

A JUSTIÇA SOCIAL COMO FUNDAMENTO DO DIREITO NAS DECISÕES JUDICIAIS

SOCIAL JUSTICE AS A PRINCIPLE OF LAW IN JUDGMENTS

Aline Martinez Pieroni¹

Márcia Arnaud Antunes²

SUMÁRIO: Introdução; 1. A ideia de justiça adotada pela teoria crítica do Direito; 2. A Teoria Crítica do Direito; 3. Direito Alternativo; 4. A Responsabilidade do Juiz em dizer o justo; 5. Concretizar o justo como função judicial; Considerações Finais; Referência das Fontes Citadas.

RESUMO: O presente artigo trata da visão crítica do Direito, da Justiça Social e do papel fundamental e decisivo que o juiz exerce para torná-las uma realidade. Utiliza-se como método de pesquisa uma revisão bibliográfica, buscando definir o que é Justiça para chegar ao estudo da Teoria Crítica do Direito, analisando o papel do juiz nas decisões judiciais. Procurou-se evidenciar a insuficiência do positivismo jurídico como teoria que sustenta o Direito, ao constatar que a lei é insuficiente e precária para alcançar o justo. Diante disso, uma maneira de solucionar este problema é o juiz aplicar a Justiça Social em suas decisões com o auxílio da Teoria Crítica do Direito, tomando consciência de que é agente responsável por concretizar o justo. Concluiu-se que essa tarefa do juiz é perfeitamente viável e possível com o uso de instrumental jurídico que lhe permite justificar sua decisão, bastando apenas que o juiz assuma essa postura crítica e se comprometa com a aplicação da Justiça social.

Palavra-chave: Justiça Social; Teoria Crítica do Direito; Função Judicial; Decisões Judiciais.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – FDSBC, Conciliadora e Mediadora pela Escola Paulista de Direito – EPD e pela Escola da Magistratura – EMAG do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Conciliadora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Advogada em São Paulo. E-mail: alinemartinez.adv@gmail.com

² Professora Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – FDSBC e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC.

ABSTRACT: This article addresses the critical vision of law, social justice and fundamental and decisive role that the judge plays to make them a reality. Used as a method of research a literature review, trying to define what justice is to get to study the Critical Theory of Law, analyzing the role of the judge in judicial decisions. Sought to highlight the inadequacy of legal positivism as a theory contends that the law, finding that the law is insufficient and precarious to reach the fair. Therefore, one way of solving this problem is the judge apply the Social Justice in its decisions with the aid of Critical Theory of Law, realizing that agent is responsible for achieving the fair. It was concluded that the task of the judge is perfectly feasible and possible with the use of the legal instrument that allows you to justify your decision, requiring only that the judge take this critical stance and commit to the implementation of social justice.

Keywords: Social Justice; Critical Theory of Law; Judicial function; Judgements.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo abordar a visão crítica do Direito como a teoria que combate o positivismo jurídico e se preocupa em alcançar a Justiça Social, diante de uma realidade de exploração do homem pelo homem, dividindo a sociedade entre dominantes e espoliados. Nesse contexto, a análise direciona-se ao comportamento do magistrado como o agente responsável pela tarefa de concretizar o justo. Por meio dessa investigação, coloca-se em evidência o princípio da legalidade e a dicotomia Direito e lei, trazendo à tona o problema e a consequência da aplicação da lei injusta presente no ordenamento jurídico.

1. A IDEIA DE JUSTIÇA ADOTADA PELA TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

A visão crítica do Direito, que acolhe a luta dos marginalizados, reconhece o compromisso do Direito com a Justiça e com a ética.

No entanto, o conceito de Justiça empregado não é tratado como questão fechada. Seu significado está inserido no conceito da política, numa colaboração

PIERONI, Aline Martinez; ANTUNES, Márcia Arnaud. A Justiça Social como fundamento do Direito nas Decisões Judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

de todos os elementos vitais da comunidade, podendo-se inferir que não há propriamente justiça, mas um fazer justiça ligado a uma justiça transformadora.³

O conceito de Justiça há tempos sofre manipulação pelos detentores do monopólio das instituições jurídicas. Ela sempre foi compreendida “dentro do formalismo e apresentada à sociedade como unívoca, a ser distribuída equitativamente a todos os cidadãos”. Contudo, a prática alternativa rompe esse formalismo e define a Justiça como “ambígua” e “inserida no confronto de objetivos e interesses existentes nas relações sociais”.⁴

O professor Roberto Armando Ramos de Aguiar⁵ tenta elucidar essa definição da seguinte forma:

A justiça é o dever-ser da ordem para os dirigentes, o dever-ser da esperança para os oprimidos. Podendo também ser o dever-ser da forma para o conhecimento oficial, enquanto é o dever-ser da contestação para o saber crítico.

Assim, a palavra justiça abarca várias significações. Mas o mais correto seria dizer que realidades opostas, contraditórias e conflitivas usam da mesma palavra para exprimir seus projetos e suas justificações, já que, sob o mesmo nome de justiça, encontramos concepções que se contradizem, que se anulam, não podendo nunca subsistir juntas, por representarem polos em conflito ao nível de infra e superestrutura.

Daí, a justiça de um dos polos significar injustiça para o outro. Isso ainda suscita uma questão mais grave: a

³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito, justiça e utopia. p. 71. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Crise do Direito numa sociedade em mudança**. Brasília: Unb, 1988. p. 67-78.

⁴ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário**. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 89.

⁵ Paulista de São Vicente, nascido em 1940, na Universidade de Brasília (UnB) desde 1989, Aguiar foi procurador geral, professor do Instituto de Ciência Política e Relações Internacionais e professor titular de filosofia do direito. Em 1996, foi consultor jurídico do governo Cristovam Buarque nos primeiros seis meses de gestão, assumindo logo depois a Secretaria de Segurança Pública, onde ficou até o fim de 1999. É coautor do Plano Nacional de Segurança Pública do candidato Luiz Inácio Lula da Silva à presidência da República. Aguiar tem 42 obras publicadas sobre segurança e direito. Bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1965) e doutorou-se em 1975, na área da Filosofia do Direito, na mesma universidade. Atualmente é Conselheiro da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. Fonte: ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA.

necessidade de uma opção nossa por uma ou outra concepção de justiça, (...).⁶

Engajado nesta árdua tarefa de conceituação da Justiça, segundo a visão crítica, Roberto Aguiar busca uma ideia de Justiça dos oprimidos. Afirma que uma visão transformadora de Justiça será histórica, precária, provisória, fruto da reflexão sobre o desequilíbrio e as contradições sociais e de um processo de desvelamento e clarificação. Acrescenta, ainda, que não será uma Justiça harmônica, porque está imersa em contradições, e nem equidistante, porque é comprometida, além de não poder ser legitimadora da ordem, porque é essencialmente contestadora.

Diante dessas constatações, conclui tratar-se de um sentido substantivo de Justiça quando “comprometida com os oprimidos, com os desvalidos, com os marginais, com aqueles que não têm acesso aos conhecimentos oficiais... Em suma, com aqueles que são chamados de proletários: as maiorias silenciadas”. Ele vai além e esclarece que “a justiça não é neutra, mas sim comprometida, não é mediana, mas de extremos. Não há Justiça que pare acima dos conflitos, só há Justiça comprometida com os conflitos”.⁷

Portanto, restam apenas duas Justanças: a do opressor e a do oprimido. A Justiça adotada pela teoria crítica é aquela buscada dentro do conflito real e na ótica do oprimido.

Outra contribuição para a significação de Justiça social é de Roberto Lyra Filho⁸ ao dizer que “Justança é Justiça Social, antes de tudo: é atualização dos princípios

⁶ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. 3.ed. São Paulo: Alfa Omega, 1982. p. 17.

⁷ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. p. 18, 52 e 62.

⁸ Filho de um famoso jurista brasileiro, Roberto Lyra, e de Sofia Lyra, Roberto Lyra Filho diplomou-se em Letras (Cambridge, 1942) e em Direito (Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, 1949). No início de sua carreira jurídica se destacou por estudos dogmáticos, campo que foi perdendo importância em seu pensamento, progressivamente mais ligado à Filosofia e à Sociologia Jurídica, campo em que é um dos expoentes brasileiros do pensamento jurídico de esquerda. Fundou a Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR), cujo boletim era a Revista Direito & Averso. Nela defendia que o direito não se reduzia à norma, nem a norma à sanção. Fonte: WIKIPÉDIA – A enciclopédia livre. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Roberto_Lyra_Filho. Acesso em 05 de outubro de 2007.

condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação duma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem;”.⁹

Horácio Wanderlei Rodrigues¹⁰ define essa Justiça social “como aquela conquistada historicamente (*legalidades atendida e sonogada*) ou reivindicada (*legalidade relida e direito insurgente*) pela própria sociedade, única fonte legítima do jurídico”.¹¹ Mais adiante acrescenta que é:

(...) a realização da *justiça social*, vista como a concretização do desejo da coletividade (comunidade ou sociedade) relativamente a uma situação específica, situada espacial e temporalmente, levando em consideração a minimização das diferenças sociais e a construção de uma sociedade democrática.¹²

Nesse campo de discussão acerca da Justiça social, vale destacar também as precisas palavras de Lédio Rosa de Andrade,¹³ desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, citando também outros autores:

A aplicação do Direito, para ser considerada justa, necessariamente, deve garantir a chance de vida digna a toda população, onde a ideia de igualdade de condições, não confundida com uniformização, alcance foro de possibilidades, pois “uma justiça ‘justa’ requer uma sociedade também ‘justa’, que antes que nas leis, deve ser nas relações sociais de produção e distribuição”.

⁹ LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 6.ed. São Paulo: Brasiliense, 1986. p. 120-121.

¹⁰ Concluiu o doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina em 1992. Atualmente é professor titular da Universidade Federal de Santa Catarina. Publicou 48 artigos em periódicos especializados e 10 trabalhos em anais de eventos. Atua na área de Educação, com ênfase em Ensino do Direito. Fonte: CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO (CNPQ).

¹¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 154.

¹² RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. p. 222.

¹³ Possui graduação e especialização em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1981); graduação em Psicologia e especialização em economia, pela Universidade do Sul de Santa Catarina (1999); mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1992); doutorado em Filosofia Jurídica, Moral y Política, pós-doutorado em Direito e doutorando em Psicanálise, todos pela Universidad de Barcelona (1995 e 2006). Atualmente é professor da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Joaçaba. Tem experiência nas áreas de Psicologia, Psicanálise e Direito, com ênfase em Direito Alternativo, atuando principalmente nos seguintes temas: direito, direito alternativo, filosofia, poder judiciário, psicologia jurídica, psicanálise e sociologia. Fonte: CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO (CNPQ).

PIERONI, Aline Martinez; ANTUNES, Márcia Arnaud. A Justiça Social como fundamento do Direito nas Decisões Judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

E acentua que “o¹⁴ sentido de Justiça é encontrado na contextualização do jurídico, procedimento fundamental, pois só a partir dele a farsa do processo legal será desnudada, não mais se isolando o jurídico dos problemas cotidianos do povo.”

Colabora para a significação de Justiça, Amílton Bueno de Carvalho¹⁵, para quem:

A justiça só existe no processo histórico, é um valor relativo a ser extraído a partir da realidade vigente. Não pode estar acima ou fora das circunstâncias sociais e econômicas vividas pelo povo em dado lugar, em determinado momento. Do cotejo desses fatos é que se pode afirmar se determinado comportamento é ou não justo. Em dada época matar alguém era justo (Juízes de Deus, na Idade Média). Em determinados locais ter a mulher como objeto é tido como justo.

Acrescenta que é no caso concreto que se deve verificar a presença da Justiça. “Do cotejo entre as classes em luta; das necessidades pessoais objetivas dos litigantes; até das psicológicas; é que deve emergir ou não o justo”.

Sustenta que a ideia de Justiça neutra, previamente conceituada sobre a qual se deve inserir o litígio, serve apenas para favorecer os fortes, os próprios definidores deste conceito. “É a justiça dos dominadores que pretende colocar o mundo a seu serviço”.¹⁶

¹⁴ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário**. p. 22 e 102.

¹⁵ Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1971). Atualmente é Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Criminal, é membro da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul e Professor Convidado do Complexo de ensino superior de Tubarão, além de integrar o movimento alternativo. Fonte: CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO (CNPQ).

¹⁶ CARVALHO, Amílton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 26-27.

2. A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

No Brasil, o juspositivismo¹⁷ predominava enquanto embasamento teórico do Direito desde o século XIX. Atualmente, este modelo teórico passa por um momento de crise e superação, dando início a uma fase pós-positivismo com o surgimento da Teoria Crítica do Direito (marxista), bem como de outras correntes de pensamento, como o Neo-constitucionalismo, por exemplo.

A Teoria Crítica do Direito procura combater o Positivismo jurídico¹⁸ demonstrando que o Direito deve reconhecer a existência do conflito social, da luta de classes e das desigualdades econômicas. Ela reconhece que o Direito nada mais é do que um instrumento utilizado para reforçar uma determinada situação, que está nas mãos dos ricos e poderosos.

Segundo WOLKMER, é possível:

(...) *conceituar* teoria crítica como o instrumental pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora. Trata-se de proposta que (...) parte (...) da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais.

E complementa dizendo que é uma:

(...) formulação teórico-prática que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social e a possibilidade

¹⁷ Corrente doutrinária que atribui à norma posta como fonte única e primária do direito, de modo que o que é justo está escrito na lei concreta criada pelo Estado.

¹⁸ Movimento teórico que reduz o Direito ao direito positivo, que compreende as normas gerais. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. p. 218 e 224.

de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica.¹⁹

O movimento de crítica no Direito desponta no cenário jurídico no final dos anos 60, com o questionamento do inabalável pensamento juspositivista reinante. Deste modo, foi dado início a inúmeras investigações que desmitificavam a legalidade dogmática tradicional e análises sociopolíticas do fenômeno jurídico, sob uma ótica de proximidade do Direito com o Estado, o poder, as ideologias, as práticas sociais e a crítica interdisciplinar.

É durante os anos 70 que ele se consolida, primeiro na França (em 1978, "manifesto" da Associação Crítica do Direito) e em seguida chega à Itália (movimento do "uso alternativo"). Posteriormente, estendeu-se para a Espanha, Bélgica, Alemanha, Inglaterra e Portugal, sendo que na década de 80 alcançou a América Latina, com destaque para a Argentina, México, Chile, Colômbia e o Brasil.

No Brasil, ele ganhou força a partir da metade dos anos 80 com o auxílio de alguns professores de filosofia e sociologia jurídicas em diversas faculdades de Direito do país, como Roberto Lyra Filho, Luiz Fernando Coelho e Luis Alberto Warat.

A Teoria Crítica ressalta a importância do sentido sociopolítico do Direito, vale dizer, "da plena eficácia ao discurso que conteste o tipo de justiça apresentado por determinado ordenamento jurídico".

E mais do que isso, "a crítica legitima-se ao ser competente em distinguir, na esfera jurídica, o 'nível das aparências' (realidade normativa) da 'realidade subjacente' (o sublinear, o que não está prescrito mas existe)".²⁰

O modelo crítico propõe novos paradigmas que substituem os paradigmas da dogmática tradicional, centrada num pensamento estrutural comum aos séculos XVIII e XIX em que o Direito era visto como um conjunto geral, abstrato,

¹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 5 e 18.

²⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. p. 16-18.

hierarquizado, unitário, fechado, completo, autossuficiente e coerente de normas promulgadas pelo Estado. Sob o ponto de vista ideológico, esta visão do Direito estava ligada ao liberalismo político do século XIX e início do século XX, vinculada à concepção burguesa de Estado.

Com a substituição do capitalismo monopolista pela necessidade de institucionalização de novas formas organizacionais no âmbito do Estado liberal, o modelo dogmático entrou em crise. A lógica do capital passou a fazer novas exigências. Além disso, houve aumento do poder discricionário do Executivo, a tecnicização do poder político, e, no dizer de PORTANOVA,²¹ a “publicização” do direito privado e a “administratização” do direito público, rompendo com a rigidez hierárquica da dogmática jurídica.²²

Portanto, diante desta crise pela qual o direito positivo enfrenta, a teoria crítica, que entende a ordem jurídica como processo, ganha repercussão. O seu contra discurso crítico, segundo Rui Portanova, apresenta as seguintes características:

- detém-se no exame da eficácia do Direito positivo e da efetividade do poder político;
- busca alargamento da análise jurídica e conseqüente relativização das categorias comuns aos paradigmas tradicionais, explicando como as formas jurídicas influenciam e ao mesmo tempo são influenciadas na organização de um determinado tipo de relação de produção econômica e política;
- tenta romper a rígida divisão intelectual do saber jurídico tradicional e identifica o Direito positivo como sistema aberto, integrado por conceitos, fórmulas e categorias típicas suscetíveis de progressiva determinação por meio da prática criadora do intérprete;
- estimula a mudança e revisão dos pressupostos metodológicos e temáticos do pensamento dogmático, buscando demonstrar como, a partir da pretensão de

²¹ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 86.

²² “(a) o direito positivo vigente; e (b) a ciência jurídica dominante e possui a pretensão de estudar o direito positivo vigente sem construir sobre esse objeto de valor”. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. p. 218.

objetividade e neutralidade da dogmática tradicional, são ocultados os conflitos socioeconômicos e políticos;

- vê o sistema jurídico como produto e condição da existência e da produção de uma formação social determinada;

- busca maior negociabilidade e flexibilidade das decisões de modo que fique explícito seu caráter de construção e criação do qual participam os envolvidos no conflito.²³

Nesse sentido, o movimento crítico inverte a relação entre norma e fato, instituída por via de subsunção, e exalta o fato como objeto primário e privilegiado do conhecimento. Contudo, não se trata do fato em segmentos, fragmentado e arrancado do seu contexto como o formalismo impõe e postula por meio da relevância jurídica, mas do fato segundo uma visão totalizadora das relações que o cercam e das suas complexas e singulares determinações econômico-materiais.

Luigi Ferrajoli, professor de Filosofia do Direito e de Teoria Geral do Direito da Università de Camerino, na Itália, citado por CRESCI SOBRINHO constrói o argumento de que em razão desta inversão, a análise jurídica do julgador não consistirá em extrair do fato os elementos “juridicamente relevantes”, em relação às normas dogmaticamente assumidas como esquema rigorosos e coerentes de interpretação do mundo”, mas ao contrário, sua análise objetivará obter das normas, “mediante um procedimento dirigido a reconhecer e resolver cada vez sobre a base do caso concreto”, as infundáveis ambiguidades e contradições. Trata-se de “elaborar critérios de valoração e de juízo” mais adequados ao fato considerado em cada momento, “tomado em sua integridade concreta”.

Dessa forma, o Direito acaba por sobrepor o conteúdo em detrimento da forma. Contudo, essa reação requer “o rompimento do falso isolamento do juiz, além de

²³ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. p. 87-88.

maturidade, e, mais ainda, um compromisso moral, político, idealista, na vinculação orgânica da própria classe".²⁴

O movimento crítico alerta que o positivismo jurídico confundiu Direito com o conjunto de leis formais e esqueceu-se da crescente importância dos elementos criativos pré-dogmáticos, como a jurisprudência, o sentimento jurídico, a intuição, entre outros. Ele aconselha o juiz a ordenar uma situação jurídica correspondente aos fins sociais, por meio do processo.

Essa visão crítica proporciona a investigação mediante interpretação de cunho libertário das contradições e crises do próprio sistema estatal, e busca formas legais mais democráticas superadoras da ordem burguesa estatal. Segundo ela, "a instância jurisdicional é aquela que assegura o *status quo* estabelecido, agindo não só como aparelho ideológico do Estado, mas também como instrumento de repressão e de controle institucionalizado".²⁵

Isso porque, a tradição histórico-liberal vem demonstrando ao longo do tempo que o poder judicial não se apresenta como uma instância neutra e independente no cenário estatal, com a ilusão de estar a serviço das liberdades e acima dos antagonismos de classe. Para reiterar esses argumentos, WOLKMER ²⁶ chega a afirmar que:

(...) certamente persiste uma contradição: o Judiciário, não obstante sua aparência de neutralidade, imparcialidade e apoliticidade, nada mais são do que uma instituição de natureza política, reflexo da própria dinâmica de poder do Estado Capitalista.

Com vistas a tornar concreta a visão crítica, por meio de uma interpretação judicial pluralista e libertária, WOLKMER reúne diversos dispositivos legais que servem de "fundamentação nas diversas situações de juízos por 'equidade'", quais sejam, artigo 8º da CLT; artigos 108, IV e 172, IV, do Código Tributário

²⁴ SOBRINHO, Elicio de Cresci. **Justiça alternativa**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 105-106.

²⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 2.ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997. p. 271.

²⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. p. 271.

PIERONI, Aline Martinez; ANTUNES, Márcia Arnaud. A Justiça Social como fundamento do Direito nas Decisões Judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Nacional de 1966; artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Por isso, a Teoria Crítica do Direito enseja sua análise crítica e abandona a certeza, a imutabilidade e o entendimento de que tudo no Direito é absolutamente justo e universal, traduzindo como fonte de sua investigação o questionamento. Seus pensadores preocupam-se com os efeitos e impactos da aplicação da norma na vida das pessoas.

Ela ultrapassa os dizeres da norma e vai em busca de sua origem e consequências, caracterizando-se pela dinâmica e renovação.

ROSA DE ANDRADE afirma que:

(...) a teoria crítica do Direito visa a transformar a sociedade, para edificar uma nova ordem, calcada em uma equitativa divisão de poder entre os cidadãos. Deseja um novo Direito, direcionado aos interesses da grande massa populacional, hoje banida das benesses da legislação, mas submetida às suas obrigações.²⁷

Sobre o mesmo tema, WOLKMER vai dizer que:

(...) a intenção da Teoria Crítica consiste em definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função de um novo tipo de "sujeito histórico". Trata-se da emancipação do homem de sua condição de alienado, de sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico por ele moldado. A Teoria Crítica tem o mérito de demonstrar até que ponto os indivíduos estão coisificados e moldados pelos determinismos histórico-naturais, mas que nem sempre estão cientes das inculcações hegemônicas e das falácias ilusórias do mundo oficial. A Teoria Crítica provoca a autoconsciência dos agentes e dos movimentos sociais que estão em desvantagem e/ou em desigualdades, e que sofrem as injustiças por parte dos setores dominantes, das classes ou elites privilegiadas.²⁸

²⁷ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário**. p. 33.

²⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). **Lições de direito alternativo 1**. 2.ed. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 40.

Esta teoria possui dois objetivos básicos:²⁹ “perseguir a mudança social para criar justiça material” e “desmitificar o discurso dogmático tradicional,³⁰ mostrando seu caráter ideológico, apresentando-o à sociedade desnudado, possibilitando que se veja a serviço de quem ele está”.

3. DIREITO ALTERNATIVO

O Direito Alternativo³¹ ou visão alternativa pertence ao vasto campo da crítica, por isso, ao longo dos anos, a expressão “Direito Alternativo” evoluiu para a chamada “Escola crítica do Direito”, que reúne as diversas críticas acerca do modelo de Direito vigente com o objetivo de: alinhar características que se contrapõem à visão tradicional do Direito, combater as ideias de uma visão clássica do Direito e reconhecer ser o texto jurídico expressão de uma ideologia que deve ser desvendada e superada, se for o caso.

No plano da Teoria Crítica do Direito, segundo WOLKMER, que divide o estudo da Teoria crítica entre a esfera das escolas e seus representantes, e as experiências já institucionalizadas, o Direito Alternativo está inserido no campo das experiências institucionalizadas de crítica no Direito (os autores “antidogmáticos” operam refletindo no interior da própria dogmática jurídica).

Contudo, para melhor estudo, a esfera das experiências institucionalizadas de crítica no Direito desdobra-se em duas frentes: *a) crítica jurídica formulada pelos acadêmicos* e *b) crítica jurídica praticada pelos operadores jurídicos*. Portanto, o Direito Alternativo está inserido no plano das experiências institucionalizadas de

²⁹ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário**. p. 33.

³⁰ “O pensamento dogmático, por entender ser perfeito, acabado e neutro, serve como fonte de manutenção das relações sociais de poder estabelecidas, atuando como uma espécie de freio a qualquer possibilidade de mudança. É um eficaz argumento de dominação, consolidando a desigualdade, a submissão e a exploração entre os homens.” ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário**. p. 22-23.

³¹ Vide SOUTO, Cláudio. **Tempo do direito alternativo**: uma fundamentação substantiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 89-137; SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. Que direito alternativo?. In: PIOVESAN, Flávia (org.). **Direito, Cidadania e Justiça**: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 197-207.

crítica no Direito e mais especificamente na *crítica jurídica praticada pelos operadores jurídicos* (“realizada, fundamentalmente, no espaço institucional dos tribunais e na atuação jurisdicional, sendo exercida pelos operadores jurídicos profissionais”).³²

No âmbito da magistratura, os magistrados alternativos,³³ por meio de interpretação política e sociológica, relegado o dogmatismo jurídico, resistem às leis injustas e exploram as ambiguidades e as omissões do direito positivo oficial a favor dos oprimidos.

A crítica, neste caso, no dizer de Michel Miaille, citado por PORTANOVA, significa a “possibilidade de fazer aparecer o *invisível*”.³⁴

Nesse sentido, José Eduardo Faria,³⁵ afirma que:

(...) a preocupação central desse tipo de proposta de ciência do Direito (do Direito como uma atividade crítica e especulativa) é: 1) explicar como as fórmulas jurídicas influenciam e ao mesmo tempo são influenciadas na organização de um determinado tipo de relações de produção econômica e política; 2) identificar o Direito positivo como um sistema aberto, integrado por conceitos, fórmulas e categorias tópicas, suscetível de uma progressiva determinação por meio da prática criadora do intérprete; e 3) demonstrar como a partir da pretensão de objetividade e

³² WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. p. 77-86; 125-126; 137.

³³ Destaque para o desembargador Amílton Bueno de Carvalho (fundador e um dos principais nomes do movimento, conferencista polêmico, professor na Escola Superior da Magistratura, diretor da *Revista de Direito Alternativo*), Rui Portanova, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o também desembargador Márcio de O. Puggina, entre outros. WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. p. 137-138.

³⁴ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. p. 79.

³⁵ Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (1972), mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo (1977), doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (1981) e pós-doutorado pela Winsconsin University (Estados Unidos, 1984). Atualmente é professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tem experiência na área de Sociologia Jurídica, atuando principalmente nos seguintes temas: mudança social, poder e legitimidade, direitos humanos, globalização, transformações do poder judiciário, metodologia do ensino jurídico, direitos sociais e eficácia jurídica. Fonte: CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO (CNPQ).

neutralidade da dogmática, são ocultados os conflitos socioeconômico-políticos.³⁶

Com o auxílio desse instrumental teórico, o Direito Alternativo brasileiro vai “explorar as contradições do direito positivo e estatal em proveito não da classe e grupos dominantes mas do espoliados e oprimidos”.³⁷

Ele surge em meio a uma crise política-ideológica e epistemológica do Direito e torna-se a consequência prática mais perceptível do movimento crítico a partir do início da década de 70.

Na América Latina, o movimento alternativo desponta com a utilização dos direitos humanos pela classe média, em virtude de constantes violações estatais, legais ou ilegais, provocadas pelos regimes políticos autoritários e ditatoriais. Entretanto, essa utilização era de caráter político.

A partir de 1975, os direitos humanos passaram a ser utilizados pelas classes pobres, visando a moradia, a terra, a sindicalização e resistência contra a violência policial, além de representarem a defesa de interesses populares.

A busca das classes populares à discussão jurídica trouxe à tona o seguinte problema: o Direito positivado pelo Estado não é capaz de responder às suas demandas, cuja dificuldade se deve a um conjunto de relações econômicas e políticas, as quais constituem no Brasil um sistema feito para funcionar apenas para uma parcela da população.³⁸

Dessa forma, torna-se necessária uma reavaliação do papel do Poder Judiciário diante da transformação social que passa o país, e um movimento de criação do Direito no sentido de se alcançar a Justiça que essas classes reclamam.

³⁶ FARIA, José Eduardo. Ordem legal X mudança social: a crise do judiciário e a formação do magistrado. p. 103. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça**: a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989. p. 95-110.

³⁷ LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. p. 62.

³⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito, justiça e utopia. p. 74. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Crise do Direito numa sociedade em mudança**. p. 67-78.

PIERONI, Aline Martinez; ANTUNES, Márcia Arnaud. A Justiça Social como fundamento do Direito nas Decisões Judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

O Direito Alternativo tem suas origens, pressupostos e objetivos, ligados ao pensamento de Roberto Lyra Filho, ao *Uso Alternativo do Direito*³⁹ europeu, além da crítica epistemológica realizada pela *Association Critique du Droit* (trazida para o Brasil por meio da obra de Michel Miaille).

Seu surgimento ocorreu de forma espontânea, diante da falta de resultados concretos, fruto da ausência de estratégias específicas. Por isso, a expressão "Direito Alternativo", empregada originariamente para denominar o movimento crítico, deve-se à imprensa, pois esta a utilizou quando divulgou matérias relacionadas ao trabalho desenvolvido por um grupo de aproximadamente 50 magistrados gaúchos.⁴⁰ Ela passou a ser utilizada em virtude do fato de o desembargador Amílton Bueno de Carvalho ministrar, na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, disciplina denominada "Direito Alternativo".

Isso levou os estudiosos deste movimento a delinear e definir os rumos e estratégias do Direito Alternativo. Diferente dos outros movimentos críticos, ele faz opção prática pelos pobres. Não se restringe ao debate eminentemente acadêmico, mas se desloca para a rua, por meio de um contato direto com os problemas e aflições populares, e vê o Direito como instrumento de luta.

Além disso, traz em seu bojo uma grandiosa proposta de construir uma sociedade mais justa. Contudo, há de se deixar claro que sua formulação é político-econômico-social.

Há consenso no movimento Direito Alternativo de que se deve preferencialmente negar a aplicabilidade de certa norma quando esta contrariar dispositivo legal superior, e somente após a conclusão de ser esta medida impossível, deve-se

³⁹ Consiste na "utilização das normas jurídicas do Estado em favor das classes e grupos menos favorecidos, através da sua releitura (a partir de sua vagueza ou ambiguidade) ou de suas antinomias (contradições)". RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. p. 226.

⁴⁰ A primeira matéria jornalística divulgada foi "Juizes gaúchos colocam Direito acima da lei", sob a autoria de Luiz Maklouf, pelo *Jornal da Tarde*, de São Paulo. Contudo, deturpava as posições dos magistrados do Rio Grande do Sul. Em seguida, pelo mesmo jornal, foi publicado outro trabalho intitulado "'Direito Alternativo' gera polêmica no STF", de autoria de Teresa Cardoso. A partir delas, sucederam as publicações, em vários outros jornais do país, de inúmeras outras matérias a esse respeito. Essas publicações deram início ao debate acerca do Direito Alternativo, surgindo posições contra e favor. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. p. 153. nota 6.

proceder à negativa de vigência da norma em virtude de sua injustiça. Porém, em ambos os casos não se deve permitir a aplicação injusta do Direito.

Desse modo, levando em consideração a opção de classe e partindo-se do pressuposto de que toda decisão jurídica é uma opção dentre as várias possibilidades de Direito existentes, o Direito Alternativo inova ao fixar como critério político-ideológico básico a ser adotado, diante de cada caso concreto, na escolha da decisão a ser tomada, "a opção pelos pobres, pelos oprimidos, pelas classes e grupos marginalizados e geralmente expropriados de qualquer Direito".⁴¹

Wanderlei Rodrigues define o Direito Alternativo como "o conjunto de direitos conquistados historicamente nas lutas sociais, mesmo que sonogados pela legalidade momentânea", tendo como fonte a sociedade. E complementa dizendo que tanto o intérprete quanto o aplicador do Direito devem buscar, perante o caso concreto, "os mecanismos jurídicos que permitam a efetivação desse Direito – produzido pela comunidade – esteja ele ou não nos textos legais". E conclui da seguinte forma: "é ele, nesse prisma, antes de tudo, justiça social".⁴²

O mestre Amílton Bueno de Carvalho, um dos grandes defensores e pregadores do Direito Alternativo, define Direito Alternativo, *em sentido amplo*:

(...) como atuação jurídica comprometida com a busca de vida com dignidade para todos, ambicionando emancipação popular com abertura de espaços democráticos, tornando-se instrumento de defesa/libertação contra a dominação imposta.⁴³

Engloba o saber dos humanistas dialéticos, marxistas e neomarxistas, sociólogos do Direito, corrente psicanalítica e dos juristas vinculados à teologia da libertação.

Assim, ao assumir esta posição crítica no cenário jurídico, o juiz se valerá de decisões realmente críticas e nada ingênuas. Deverá "participar de debates,

⁴¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. p. 162.

⁴² RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. p. 166-167.

⁴³ CARVALHO, Amílton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. p. 89.

criticando as leis que repute injusta, expondo suas ideias, e esclarecendo uma ou outra *decisão-modelo* da nova postura".⁴⁴

4. A RESPONSABILIDADE DO JUIZ EM DIZER O JUSTO

É possível que o juiz se equivoque em seu julgamento, dando origem a injustiça. No entanto, nascerá para o Estado um problema extremamente grave: a responsabilidade do Estado-Juiz pela injustiça.

Diante dessa realidade, o Direito moderno, visando evitar equívocos sentenciais em virtude do positivismo, põe à disposição do juiz uma gama de instrumentos, tais como o controle difuso da constitucionalidade das leis, a sujeição da sentença ao Segundo Grau de Jurisdição, ou a técnica da interpretação de acordo com os fins sociais e bem comum.

Não cabe ao magistrado assistir passivamente ao debate das partes em juízo. Ele tem por missão assegurar a concretização da Justiça, pois é a sentença concretizadora da ideia do Justo.

Do juiz é exigida, diante das lacunas e do equívoco da legislação, a especificação dos preceitos legislativos. Neste momento, é "chamado a coparticipar ativamente com o legislativo na formação de uma direção política do Estado, enquanto essa direção traduzir a regulamentação concreta das relações sociais *críticas* conflitantes". E só há dois caminhos a percorrer para que isso ocorra: ou pela *mudança da lei por outra justa*, ou pela *sentença*.⁴⁵

CALAMANDREI citado por CRESCI SOBRINHO já advertia que o perigo do hábito, da indiferença burocrática e da irresponsabilidade são fatores que ameaçam o juiz em uma democracia. Assevera, ainda, ser necessário "juízes com alma,

⁴⁴ SOBRINHO, Elicio de Cresci. **Justiça alternativa**. p. 105-106.

⁴⁵ SOBRINHO, Elicio de Cresci. **Justiça alternativa**. p. 92.

PIERONI, Aline Martinez; ANTUNES, Márcia Arnaud. A Justiça Social como fundamento do Direito nas Decisões Judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

engagés,⁴⁶ e que saibam levar com humano e vigilante empenho o grande peso que implica a enorme responsabilidade de fazer Justiça”.⁴⁷

Seguindo a lição de Michel Miaille, ao fazer aparecer o *invisível*, o sistema jurídico mostra-se determinado pela unidade da vontade da classe dominante, que se exprime na ordem jurídica. Em vista disso, se a ordem jurídica for injusta, o juiz não poderá quedar-se inerte, ao contrário, dele se exigirá a difícil missão de adequá-la ao justo.

Cumpramos realçar que o país vive em um determinado momento histórico em que ou os juízes aplicam definitivamente o *justo*, ou a sociedade estará fadada e condenada à injustiça, repleta de gritantes contradições. Qualquer magistrado deve se inclinar à atitude crítica, sem pensar no comodismo que lhe espera no regime liberal.

Contudo, José Renato Nalini,⁴⁸ ilustre desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, chama a atenção para a ciência que o julgador deve possuir da importância do papel que exerce perante a sociedade. Para isso, é preciso que ele esteja preparado para exercer este papel responsável em dizer o justo. Afirma que “... para tornar a Justiça humana mais razoável e mais próxima das aspirações da sociedade” é preciso que haja “novos magistrados e a reciclagem contínua daqueles que já se encontram na carreira”.

Neste diapasão, o preparo do juiz é essencial para sua formação como agente consciente, transformador da sociedade, atento à realidade, “preocupado com os

⁴⁶ Engajados, empenhados.

⁴⁷ SOBRINHO, Elicio de Cresci. **Justiça alternativa**. p. 96.

⁴⁸ Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (PUC-Campinas, 1971), mestrado em Direito Constitucional (USP, 1992) e doutorado em Direito Constitucional (USP, 2000). Exerceu a docência ministrando as seguintes disciplinas: Economia Política, Teoria Geral do Estado, Sociologia, Introdução ao Estudo do Direito, Direito Constitucional e Direito Civil. Foi membro do Ministério Público do estado de São Paulo (1973-76). Ingressou na Magistratura em 1976, tendo sido Presidente do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo (2002-04). Atualmente é presidente da Academia Paulista de Letras (APL), desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP), professor titular da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP) e da Sociedade Padre Anchieta de Ensino S/C Ltda., além de ministrar aulas de Ética na Escola Paulista da Magistratura. É autor de diversos artigos científicos, publicados em periódicos qualificados junto ao QUALIS-Capes, textos jornalísticos, livros e capítulos de livros em obras coletivas, com repercussões especialmente nos temas de Ética, formação e recrutamento de juízes e estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Fonte: CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO (CNPQ).

destinos da população a cujo serviço é preordenado, (...), fazendo a Justiça, atento aos anseios dos destinatários". NALINI ainda adverte que "tudo está a exigir um juiz mais preparado, hábil a detectar os valores que se digladiam, consciente das potencialidades de seu mister".⁴⁹

Nessa luta incessante,

(...) a Teoria Crítica do Direito é forma de encaminhar a magistratura a seu verdadeiro papel. 'Papel que não é nem de desafio nem de confronto, mas de serena aplicação da lei, sob a ótica do justo', tendo às mãos uma posição definida de qual conduta adotar'.⁵⁰

Desse modo, ensina ROSA DE ANDRADE que quando o julgador introjeta o papel de concretizador do justo, com a consciência de ser responsável em dizer o justo, ele assume postura diversa: aproxima-se dos humildes, "recebendo em troca apenas o prazer da luta por uma sociedade justa", problematiza:

(...) o sistema jurídico através de uma nova investigação científica, (...) perquirindo sobre questões metajurídicas embutidas nos textos legais, verificando o sentido teleológico da legislação, buscando os ingredientes axiológicos nela existentes, (...).

E acrescenta que "Os juízes alternativos assumem a responsabilidade pelos resultados de suas decisões na solução dos conflitos sociais, não se escondendo atrás da antiga e gasta desculpa de ser, o estrito cumprimento da lei, a única função do Poder Judiciário".⁵¹

A partir de sua auto visão, autoconhecimento, da compreensão de sua verdadeira função na sociedade, assim como do caráter ideológico que ela representa, o magistrado torna-se um "operador jurídico orgânico, transformador".⁵² Do contrário, ele torna-se responsável pela manutenção e

⁴⁹ NALINI, José Renato. **Recrutamento e preparo de juízes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 123-130.

⁵⁰ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário**. p. 38.

⁵¹ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário**. p. 40.

⁵² Também podem ser considerados como magistrado, juiz e julgador alternativo, transformador, orgânico, além de operador jurídico orgânico. Eles representam o "profissional que utiliza sua

imutabilidade do *status quo*, assegurando os privilégios dos detentores do poder à custa da espoliação dos oprimidos.

É preciso que o magistrado abandone sua “conduta conservadora e passiva, fundada no mito da neutralidade”, e se engaje na luta por transformações, pois, no dizer de Lédio Rosa de Andrade:

Se despertarem, será possível, aos magistrados, saírem de trás das citações, assumirem suas decisões, cavalgarem em busca de uma Justiça com sentido social. Poderão, então, intervir na ordem da sociedade, na distribuição de poder, equilibrando-o, estendendo-o àqueles que não o possuem.⁵³

Contudo, não se trata de atribuir ao julgador um arbítrio pessoal e voluntarista, mas de uma tomada de posição a favor das classes oprimidas.

Quando o juiz retira o véu que cobre a neutralidade e a imparcialidade, descobre que é responsável por suas decisões, e, portanto, não poderá mais atribuir suas injustiças à figura mitológica do legislador, e muito menos à cômoda justificativa da “jurisprudência dominante”.

Há de se ressaltar, como adverte ROSA DE ANDRADE, em relação à neutralidade, que do juiz é exigida a neutralidade no sentido de imparcialidade em relação às partes em litígio. Em contrapartida, exige-se que ele julgue tendo em vista os interesses da massa deserdada. Assim, assegura que “não há contrassenso quando se afirma dever, o magistrado, buscar a lei visando favorecer a classe oprimida, pois, assim agindo, não estará o julgador a beneficiar uma pessoa em particular, mas efetivando Justiça material, mediante uma opção de classe”. Como também é o caso do magistrado tradicional ao cumprir cegamente os textos legais, entretanto, visa favorecer os detentores do poder, porém, raros são os casos que acusam o juiz de ser parcial na aplicação do Direito ao prestigiar os interesses da classe dominante.

função, visando transformar as vigentes instituições jurídicas e a própria sociedade”. ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário**. p. 41.

⁵³ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário**. p. 81-82.

Embora haja opção de classe, e neste caso, da classe oprimida, não significa dizer que sempre a parte pobre da lide sairá vitoriosa, “pois não se trata de julgar, necessariamente, a favor do desfavorecido, mas de considerar estar, o juiz, no julgamento, colaborando para melhorar a sociedade, ou para preservá-la e às suas mazelas”.⁵⁴

BUENO DE CARVALHO adverte que ao juiz é dada a escolha por uma ou outra corrente (a dogmática ou a crítica), mas lembra que esta opção advém de uma postura ideológica, devendo o magistrado ter dela consciência. É sobre eles que recairá a indagação: o Judiciário deve legitimar o injusto?

O julgador deve se fortalecer no justo, constantemente, pois “a habilidade está em descobrir qual a justa, democrática e real vontade popular (às vezes ofuscada pela vontade aparente) e criar instrumental jurídico que a efetive”,⁵⁵ e não em afirmar que todo pobre é honesto ou que toda sua luta é justa.

É preciso lembrar que o juiz goza de plena liberdade no ato de julgar e por consequência assume a responsabilidade ética pela Justiça ou injustiça de sua decisão, pois assumiu determinada prática. Seu maior compromisso, ou até mesmo o único, “é com a *justiça concretizada*”, justiça esta que “tem por sentido racional (ou limite) os `critérios concretos tomados da época histórica e orientado pelos princípios universais e gerais do jurídico””.⁵⁶

5. CONCRETIZAR O JUSTO COMO FUNÇÃO JUDICIAL

A sociedade espera do juiz, no instante que assume seu cargo e é investido de Jurisdição, um comprometimento aos fins sociais por ela pretendidos, sem desconhecer a eventualidade da sua injustiça, e não um compromisso de

⁵⁴ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário**. p. 88-89.

⁵⁵ CARVALHO, Amílton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. p. 21 e 91.

⁵⁶ CARVALHO, Amílton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. p. 95.

fidelidade à lei. Isso é o suficiente para se concluir que a função judicial não é a de aplicar a lei, mas de concretizar o *justo*.⁵⁷

Há casos em que a lei mostra-se inadequada para incidir sobre determinado fato concreto submetido à apreciação jurisdicional. Frente a esta realidade, “o juiz realiza como que um corte profundo na substância da lei e desta retira outras significações, por equidade, amoldando-a às necessidades sociais”.⁵⁸

Além disso, vigora, no Brasil, o sistema do controle difuso da constitucionalidade das leis, que permite ao juiz, diante de cada caso concreto, examinar se a lei invocada afronta a essência da Constituição. Se por meio dessa análise for constatado pelo magistrado que a lei é injusta, poderá assim declará-la, por via incidental, agindo até mesmo de ofício.

As sábias palavras de CRESCI SOBRINHO se fazem precisas para afirmar que concretizar o justo como função judicial:

(...) supera a ilusória visão da estabilidade da ordem de imutáveis situações privilegiadas, sem distanciar-se o *aplicador do justo* daquele *suum cuique* (a cada um o que é seu), de ARISTÓTELES a Santo Tomás de Aquino, ou VILLEY, baseado na distribuição de bens e encargos sociais, na conscientização da igualdade substancial, real, acima e além da mera igualdade formal referida pela lei, pouco importando a adição de legados socialistas.⁵⁹

Para tornar possível a concretização do justo, “à magistratura alternativa, (...), compete construir um espaço onde o juiz de Direito possa fazer da judicatura uma atividade transformadora, agente histórico em prol da comunidade”. Isso porque, “a essência da prática judicial alternativa é a busca de efetivação de justiça material a toda população”. Assim, todas as decisões judiciais “devem conter um compromisso ético com a moral e a justiça popular”, o que elevaria o Poder Judiciário a “garantidor dos princípios de justiça”.⁶⁰

⁵⁷ SOBRINHO, Elicio de Cresci. **Justiça alternativa**. p. 97.

⁵⁸ SOBRINHO, Elicio de Cresci. **Justiça alternativa**. p. 97.

⁵⁹ SOBRINHO, Elicio de Cresci. **Justiça alternativa**. p. 100.

⁶⁰ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário**. p. 86-87 e 91.

Segundo Lédio Rosa de Andrade, há certas posturas práticas que o magistrado poderá adotar na luta da concretização do justo: “a efetivação de toda legislação de cunho social”; utilização das “antinomias do sistema jurídico dominante”,⁶¹ que consistem nas “contradições existentes no sistema jurídico sempre que o direito positivo possui mais de uma norma vigente, aplicáveis à mesma situação fática, sendo que há um choque entre elas. A aplicação de uma é a negação da outra”,⁶² como esclarece Wanderlei Rodrigues.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria Crítica do Direito aliada à sua aplicação na prática pelo juiz representam uma maneira de solucionar o problema das injustiças sociais, ao qual o positivismo jurídico não oferece solução.

O movimento alternativo, liderado por magistrados, proporciona a aplicação da Justiça Social pelos juízes em detrimento até mesmo da lei. Esse movimento afirma que o juiz pode e deve combater o dogmatismo jurídico em nome da Justiça Social, em vez de assumir uma postura passiva ao dizer que a injustiça de sua decisão é legítima, pois está revestida de legalidade.

É preciso que o juiz tenha a consciência de que é detentor de poder e enquanto tal é inconcebível que se negue ao questionamento crítico sob o argumento de que a lei lhe impede de julgar de forma diversa daquela legalmente prevista. Poder este não arbitrário, pois todas as decisões devem ser fundamentadas sob pena de nulidade, conforme prevê a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, IX, mas que somado ao princípio do livre convencimento do juiz, torna possível ao magistrado ampliar sua esfera de análise.

Por outro lado, fundamentar não significa dizer em qual norma que o caso concreto melhor se enquadra. Na realidade, o ato de fundamentar é muito mais amplo, e é nessa hora que o juiz pode se valer de uma atitude crítica voltada

⁶¹ ANDRADE, Lédio Rosa de. **Juiz alternativo e poder judiciário**. p. 105-106.

⁶² RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. p. 214.

PIERONI, Aline Martinez; ANTUNES, Márcia Arnaud. A Justiça Social como fundamento do Direito nas Decisões Judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

para a Justiça Social, tendo em vista que a sociedade assim exige além de ver e depositar em sua figura a esperança de que a Justiça será feita.

Por isso, não é tolerável que o juiz se abstenha de aplicar a Justiça Social, uma vez que detém o poder de transformar a realidade social por intermédio de suas decisões. Cabe a ele criticar o Direito posto com o auxílio de todo o instrumental jurídico que lhe permite justificar sua decisão, para no ato de julgar corrigir as injustiças e fazer imperar a Justiça.

A sociedade brasileira revela-se cada vez mais intolerante ao Direito que ainda legitima injustiças em nome da legalidade estrita, eis que os seres humanos não resistirão mais a tamanha crueldade que disso decorre.

O ordenamento jurídico brasileiro é fechado e por isso não há espaço para a Justiça, razão pela qual passa a surgir a necessidade de crítica ao positivismo jurídico que leva à inversão da assertiva "O Direito existe para o homem".

Portanto, urge que os magistrados tomem consciência de sua responsabilidade diante da sociedade e decidam se querem ser agentes produtores de injustiças ou se preferem solucionar verdadeiramente o litígio por meio da Justiça Social, como verdadeiros agentes transformadores da realidade social.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. 3.ed. São Paulo: Alfa Omega, 1982.

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

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. UnB Agência. 2002. Outubro. Segurança - Entrevista: Roberto Aguiar. Disponível em <http://www.secom.unb.br/unbagencia/ag1002-28.htm>. Acesso em 05 de outubro de 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Yussef Said Cahali. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIERONI, Aline Martinez; ANTUNES, Márcia Arnaud. A Justiça Social como fundamento do Direito nas Decisões Judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 9 set 1942. Seção 1, p. 13635.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Seção 1, p. 11937.

CARVALHO, Amílton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO (CNPQ). Plataforma Lattes. Buscar currículo. Disponível em <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/index.jsp>>. Acesso em 1º de outubro de 2007.

CRESCI SOBRINHO, Elicio de. **Justiça alternativa**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

FARIA, José Eduardo. Ordem legal X mudança social: a crise do judiciário e a formação do magistrado. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989. p. 95-110.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito, justiça e utopia. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Crise do Direito numa sociedade em mudança**. Brasília: Unb, 1988. p. 67-78.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 6.ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

NALINI, José Renato. **Recrutamento e preparo de juízes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

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

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

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

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. Que direito alternativo?. In: PIOVESAN, Flávia (org.). **Direito, Cidadania e Justiça: ensaios sobre lógica, interpretação, teoria, sociologia e filosofia jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 197-207.

WOLKMER, Antônio Carlos. Contribuição para o projeto da juridicidade alternativa. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (org.). **Lições de direito alternativo 1**. 2.ed. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 28-52.

PIERONI, Aline Martinez; ANTUNES, Márcia Arnaud. A Justiça Social como fundamento do Direito nas Decisões Judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Pluralismo jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no direito. 2.ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

Submetido em: Fevereiro/2014

Aprovado em: Março/2014