

O juiz e a razoabilidade na aplicação da lei

Rafael José de Menezes*

1 Introdução

O magistrado, como aplicador da lei, precisa entrar no debate sobre o direito alternativo, para sempre distribuir a Justiça, jamais se furtando à busca do justo.

“No estágio atual da ciência do Direito, a atividade jurisdicional assume relevantíssimo valor político mas, em contrapartida, não se aceita mais decisão vinculada, inocente e mecanicamente, à ideologia inserida na lei” (Portanova, 1997:122)

Numa visão tradicional do Direito, a sociedade e o mundo precisam estar em harmonia, e para isso o Estado se organizou em três poderes:

- o Poder Legislativo, eleito direta e livremente pelo povo, faz as leis que vão manter a paz social, projetando os avanços e o progresso da sociedade, prevendo sanções para quem provoca conflitos que quebrem a ordem social;

- o Poder Executivo, também eleito livre e diretamente pelo povo, tem o dever de administrar o Estado e implementar a política desenvolvimentista;

- finalmente, o Poder Judiciário serve para dirimir os conflitos que afetam a paz social, aplicando a lei no caso concreto e implementando as sanções.

Na teoria, “com esta sistemática, mantém-se a ordem, a segurança e a paz social” (Portanova, 1997: 25).

* Juiz de Direito em PE, Professor da UNICAP e da ESMAPE, pós-graduado pela UFPE

Neste artigo, tentaremos mostrar que, na prática, a aplicação neutra e fria da lei provoca injustiças que precisam ser evitadas; a idéia é explicar o que seja direito alternativo, destacando sua importância e sugerindo, no final, como deve agir o magistrado para sempre desempenhar melhor sua importante missão.

2 Conceito de Direito Alternativo

O conceito consiste em dizer o que uma palavra significa; sem dúvida, conceituar é uma missão difícil, ainda mais algo novo e controvertido como o direito alternativo.

Tanto é assim que o magistrado Amilton Bueno de Carvalho, um dos mais atuantes juristas nesta área, prefere explicar ao contrário, ou seja, afirmando o que não é Direito Alternativo:

- a negativa da lei: afinal, a lei escrita é conquista da humanidade, não sendo possível uma vida em sociedade sem normas. A alternatividade defende o surgimento de leis justas, realmente democráticas, comprometidas com os interesses da maioria da população;

- todo o Direito vem da lei: a alternatividade reconhece que há outras fontes do Direito além da norma, inclusive fora do Estado, ou seja, a sociedade também produz o Direito;

- a inexistência de lei: a lei deve estar sempre presente numa sociedade mas não a serviço da opressão, e sim para permitir uma vida em abundância para todos;

- uma ditadura do Judiciário: ora, a alternatividade não outorga poderes excessivos, teocráticos, para que o juiz decida a partir de seu sentimento individual de justiça; na verdade, o juiz deve superar o legalismo estreito para aplicar os princípios gerais do direito, sempre fundamentando suas decisões (Carvalho, 1993:10).

Como se vê, para o ilustre magistrado gaúcho, o direito alternativo não defende que se rasguem os códigos ou que se construa uma sociedade sem leis; o direito alternativo também não representa uma ditadura do Judiciário; no fundo, deseja a alternatividade que a atuação jurídica esteja

comprometida com a busca de vida com dignidade para todos.

Finalmente, conceitua Amilton Bueno de Carvalho:

direito alternativo é o movimento voltado à busca de um instrumental prático-teórico a ser utilizado pelos aplicadores do direito, que visam colocar seu saber ou sua atuação sob a perspectiva de uma sociedade democrática, libertando-a da dominação injusta (apud Diniz, 1998:141).

Já Cláudio Souto oferece o seguinte conceito: direito alternativo é *aquele desviante da legislação estatal (ou de decisões judiciais baseadas nesta legislação), em nome de uma idéia social de justiça* (Souto, 1997:97).

Por sua vez, Roberto Lyra Filho afirma que o Direito Alternativo brasileiro vai *explorar as contradições do Direito positivo e estatal em proveito, não de classes e grupos dominantes, mas dos espoliados e oprimidos* (apud Portanova, 1997: 80).

Para a alternatividade, só há sociedade com direito, mas esse direito não deve estar voltado para a fria aplicação da lei, e sim para a realização da justiça, em respeito ao direito natural.

3 Importância da disciplina para o juiz

O conflito entre a lei e a justiça é muito antigo na humanidade.

No Antigo Testamento, no livro do Deuteronômio, encontra-se: *a justiça seguirás, somente a justiça, para que vivas e possuas em herança a terra que ta dá o Senhor teu Deus* (Deuteronômio, 16: 20).

Ainda na Bíblia, o profeta Isaías, no séc. VIII a.C., afirma:

ai daqueles que fazem leis injustas e dos escribas que redigem sentenças para afastar os pobres dos tribunais, e de negar direitos aos fracos de meu povo (Isaías, 10:1-2).

Para o filósofo latino Cícero, no séc. I a.C., *a verdadeira lei é somente a justa e não a injusta, ainda que os ignorantes tenham esta última como lei* (apud Portanova, 1997: 126).

Por sua vez, o teólogo e filósofo inglês Guilherme de Ockham, no séc. XIV, ensinava: *toda lei civil que contradiz a razão divina ou a razão revelada, não é lei* (apud Portanova, 1997: 126).

Mais recentemente, o jurista italiano Cappelletti, traduzindo São Tomaz de Aquino:

se o texto da lei contém algo contrário ao Direito natural, é injusto e não tem tampouco força obrigatória. E por isso, tais textos não se chamam leis, senão antes corrupções da lei. E por isso, não cabe julgar segundo eles (apud Portanova, 1997:127).

Percebe-se como é grande a responsabilidade do juiz, pois, além de ter o poder de decidir sobre o patrimônio e a liberdade das pessoas, o magistrado precisa de sensatez, precisa de razoabilidade, para afastar as leis injustas.

O Juiz não é escravo da lei. Pelo contrário, o juiz deve ser livre, deve ser responsável. Enfim, dotado de inteligência e vontade, o juiz não pode ser escravo, nem da lei (Portanova, 1997:128).

Os críticos da alternatividade temem uma “ditadura do Judiciário”, a depender dos sentimentos do juiz.

Ora, realmente o julgar é ato subjetivo, pois a própria palavra “sentença” provem de “sentir”, como sentimento do magistrado. A sentença é então aquilo que o juiz sente, afinal o magistrado, principalmente o de 1º grau, está mais perto da realidade, do caso concreto, do que o legislador, que preparou uma norma genérica.

Mas não há motivos para se ter medo de uma ditadura do Judiciário, pois suas decisões são sempre motivadas e fundamentadas, sujeitas ao duplo grau de jurisdição; além disso, trata-se de um Poder desarmado e permanentemente fiscalizado pelas partes, pelos advogados e, às vezes, pelo Ministério Público.

O juiz precisa sempre de recursos e condições para estudar, atualizar-se e adquirir conhecimentos para desempenhar bem seu papel na sociedade. O juiz não precisa chegar a ser um filósofo, mas, com certeza, “um estudioso que se atualiza, como um intelectual e, pelo domínio de línguas, habilita-se à leitura e à consulta de textos que ampliem seu saber” (Menezes, 1996:14)

Prossegue o Professor e Magistrado paraibano: *aos pleitos atuais da Magistratura – estabilidade, salários condignos, moradia – acrescenta-se o aperfeiçoamento intelectual a que os cursos, os encontros patrocinam* (Menezes, 1996:16).

4 O excesso de legislação provoca injustiças

Nosso ordenamento jurídico é legalista de origem, ou seja, embora o direito no Brasil possua outras fontes, como a jurisprudência, a doutrina e o costume, a lei é a maior e a principal fonte do nosso ordenamento.

E a norma brasileira não nasce apenas do Poder Legislativo, mas também dos outros poderes.

Sem dúvida, a maioria das leis provém do Legislativo, o Poder que tem a missão de fazer as leis dentro do Estado de Direito.

Porém o Poder Executivo tem legislado bastante na última década através das chamadas Medidas Provisórias, autorizadas pela Constituição Federal de 1988, contudo a Presidência da República não está respeitando os requisitos da relevância e urgência para sua edição.

O próprio Poder Judiciário também legisla, nos termos do art. 114, § 2º, da CF, que atribui competência à Justiça do Trabalho para estabelecer sentenças normativas, fixando as condições de trabalho que serão observadas nos contratos individuais das empresas de certas categorias. E se as súmulas vinculantes vierem a ser aprovadas, o Judiciário terá muito mais poder para legislar.

Isso tudo sem esquecermos as portarias, regulamentos e resoluções de órgãos da administração, como Banco Central, Ministério do Trabalho, Agência Nacional de Energia Elétrica, Ibama, Prefeituras, etc.

Todo esse excesso de legislação produz contradições, como destacou Roberto Lyra Filho no seu conceito supra de Direito Alternativo (ver item 2); e essas contradições geram injustiças que o juiz deve repudiar ao decidir um caso concreto.

O povo brasileiro, por falta de educação, desconhece o verdadeiro e importante papel do legislador no Estado de Direito, de modo que se preocupa mais nas eleições com o voto dado aos cargos do Executivo.

Caso se pergunte, entre amigos, em quem eles votaram para deputado nas últimas eleições, a maioria não vai lembrar, o que é lamentável.

Chegam, assim, ao Legislativo parlamentares imaginando que podem resolver os problemas do país com mais leis, quando, na verdade, já temos muitas leis, e a lei não cria o fato social, apenas o regula.

O legislador deve ter a consciência de que seu papel é o de uma testemunha, que constata o progresso, e não o de um operário que o fabrica (Celice *apud* Gomes, 2001: 01).

5 O Direito Alternativo na Constituição Federal do Brasil

Na solução dos casos práticos, o julgador precisa fugir da lei injusta, ou melhor, precisa enfrentá-la, deixando de considerá-la para aplicar, em seu lugar, os princípios gerais de direito consagrados em nosso ordenamento em nível constitucional.

A fórmula para enfrentar a lei injusta é aplicar os princípios gerais, fazer aplicação dialética e transdogmática e, principalmente, vê-la como inconstitucional (Portanova, 1997:128).

Sem dúvida, a interpretação válida é aquela que compatibilize a norma com a Constituição, devendo a norma ser ampliada ou restringida para se tornar harmônica com a Constituição.

Nossa Lei Maior, nos quatro primeiros artigos, apresenta princípios fundamentais que se integram com o espírito da alternatividade: a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a construção de uma sociedade livre e justa, a erradicação da pobreza, a

promoção do bem de todos, a prevalência dos direitos humanos, entre outros.

Vamos tentar explicar esses princípios:

- dignidade da pessoa humana: o Estado brasileiro deve oferecer as condições necessárias para que as pessoas se tornem dignas, ou seja, tenham qualidade de vida suficiente para cumprir sua missão no planeta, tendo um sentido na sua existência; cada pessoa deve ter a liberdade para escolher o que quer fazer na vida, e o Estado deve facilitar a tarefa;

- valor social do trabalho e da livre iniciativa: é com o trabalho que as pessoas se identificam na sociedade, transformando o mundo, impregnando-o da sua imagem; o Estado precisa assegurar a opção individual de cada um para trabalhar livremente;

- construção de uma sociedade livre e justa: trata-se de um dos objetivos fundamentais do Brasil, e o direito precisa disciplinar essa tarefa do poder público, para que a justiça prevaleça; é um ideal difícil de ser alcançado na prática por causa das desigualdades entre os homens, mas que deve sempre ser procurado;

- erradicação da pobreza: em toda sociedade há ricos e pobres, e só com desenvolvimento se pode proporcionar uma vida melhor para os desafortunados, aumentando-se a produção interna de bens e de serviços; não se trata aqui de julgar a favor dos pobres (ver crítica no nº 6 infra), mas de manter a livre iniciativa e a propriedade privada para se aumentar a produção e multiplicar a riqueza;

- promoção do bem de todos: o Estado deve estimular a distribuição da riqueza adquirida pela livre iniciativa, beneficiando a todos, mas com cuidado para não atrofiar os investimentos privados. Na tarefa de promover o bem de todos, o Estado precisa proteger o meio ambiente, afinal os recursos naturais são finitos e devem ser usados de modo racional e sustentável (vide art. 170, VI, CF: *a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... defesa do meio ambiente*); grifo meu.

- prevalência dos direitos humanos: o maior inimigo da liberdade do homem é o Estado; um governo tirano (e o mundo está cheio deles) é quem mais lesiona os direitos humanos, não respeitando a dignidade, a liberdade e a igualdade entre as pessoas; o Direito deve restringir o poder estatal em respeito aos direitos humanos.

Como se vê, é possível deixar de aplicar uma lei injusta não por ser o juiz um adepto do Direito Alternativo, mas porque o juiz está respeitando a Constituição Federal, como a Lei Maior do país.

Optar pela visão alternativa não significa afastar-se do princípio da legalidade (Portanova, 1997:150).

6 Crítica ao Direito Alternativo

Não se discute a importância atual do Direito Alternativo e nem a força com que esse movimento se expandiu no Brasil, a partir do Rio Grande do Sul, nas duas últimas décadas.

Porém nem todo o mundo jurídico pátrio apóia a alternatividade, ao contrário, alguns juristas fazem severas críticas a tais idéias.

Num artigo gentil, onde conclui que gostaria de ser amigo dos juízes do Direito Alternativo, pois “limpo é seu coração”, o eminente professor da USP, Goffredo Telles Júnior, acusa-os de dar um “péssimo exemplo”.

Inicialmente, lembra que as leis existem no Estado de Direito para evitar o arbítrio dos mais poderosos, quais sejam, os governantes e os ricos.

E que se há leis péssimas, há também péssimos juízes, inclusive vitalícios, duradouros, enquanto aquelas leis podem ser mais facilmente destruídas.

O Direito Alternativo seria um sonho, uma utopia, pois, na prática, o juiz precisa dizer o que a lei determina no caso concreto, aplicando-a na situação para a qual ela foi feita, senão as partes estarão sujeitas ao humor do juiz.

A justiça dos homens não é perfeita, mas pior será, caso seja entregue ao poder arbitrário e discricionário dos juízes.

Ainda, e com extrema razão, Telles Júnior condena os juízes do Direito Alternativo que julgam em favor dos pobres, movidos por um sentimento de caridade. Afinal, não se pode fazer caridade com o patrimônio alheio.

Isso se aplica, sem dúvida, ao conceito de Roberto Lyra Filho (ver nº 2 supra), quando dirige o direito alternativo para favorecer os espoliados e oprimidos.

Ou Ruy Portanova quando afirma que o Judiciário deve se voltar preferencialmente para os pobres (Portanova, 1997:153).

O juiz, como um cidadão, deve praticar a caridade com o que é seu, jamais com os bens das partes, provocando danos a outrem.

A missão do juiz é a de distribuir justiça e não a de julgar a favor da parte economicamente mais fraca, se a razão está com a outra parte.

7 Conclusão

Uma lei ruim pode ser melhor interpretada por um bom juiz; esse é um ponto fundamental; não há razões para se preocupar com uma lei má se ela for aplicada por um bom juiz.

E, para ser um bom juiz, é preciso estudar e aperfeiçoar-se sempre, adquirindo cultura, entrando nos conhecimentos de história, psicologia, sociologia, economia, política, das artes e até do esporte.

O juiz precisa estudar, estudar para aprender, aprender para conhecer e assim desenvolver-se plenamente.

“Conhecer leis e códigos auxilia, mas não torna ninguém um juiz. Reclama-se-lhe visão enciclopédica. Não para memorizar conhecimentos, mas para aprender a sentir. Não para doutrinar, mas para repartir. Não para ditar regras, mas para intuir onde se encontra o segredo da verdadeira Justiça.” (Nalini, 1996:185).

O julgamento precisa da lógica do razoável e o bom senso para saber que é o razoável só se adquire com muita leitura e muita pesquisa ao longo do tempo.

Nosso Código Penal, no art. 24, traz a razoabilidade no seu tipo:

- considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (grifei)

O novo Código Civil, no art. 402, também:

- as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (grifei)

Ainda os arts. 1.229 e 1.277 do novo CC:

Art. 1.229 – a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las. (grifei)

Art. 1.277 – o proprietário ou possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização da propriedade vizinha. (grifei)

Ora, até onde vai a utilidade do exercício da propriedade? E o que realmente representa prejuízo à segurança, ao sossego e à saúde de alguém? *Apenas a riqueza da casuística e o bom-senso do juiz podem concluir (Venosa, 2001:278).*

Ao juiz compete fundar-se nas leis e interpretá-las adequadamente, ou seja, dar às leis vigentes uma interpretação razoável, uma interpretação humana (Telles Júnior, 1999:78).

Interpretar é extrair o significado de um texto, sendo indispensável em toda lei, constitucional ou ordinária.

Nunca julgar contra a lei, mas julgar interpretando a lei com razoabilidade.

8 Referências

- PORTANOVA, RUI *Motivações Ideológicas da Sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, 3. ed.
- GOMES, ORLANDO *Direitos Reais*. Rio de Janeiro : Forense, 2001, 18. ed.
- SOUTO, CLÁUDIO. *Tempo do Direito Alternativo – Uma Fundamentação Substantiva* . Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.
- CARVALHO, AMILTON BUENO DE. *Teoria e Prática do Direito Alternativo*. Porto Alegre : Síntese, 1998.
- CARVALHO, AMILTON BUENO DE. *Direito Alternativo na Jurisprudência*. São Paulo : Editora Acadêmica, 1993
- DINIZ, MARIA HELENA. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2
- MENEZES, JOSÉ RAFAEL DE. *A personalidade Intelectual do Magistrado*. Recife : Nossa Livraria, 1996
- TELLES JUNIOR, GOFFREDO. *O chamado Direito Alternativo in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo : Editada pelo Serviço Técnico de Imprensa da Faculdade de Direito da USP, 1999, v. 94, p. 73-80
- NALINI, JOSÉ RENATO. *O Juiz e a Cultura in Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo : Cromoset Gráfica e Editora, 1996, ano 1, n. 1, p. 183-185
- VENOSA, SÍLVIO DE SALVO. *Direito Civil – Direitos Reais*. São Paulo : Atlas, 2001
- BASTOS, CELSO RIBEIRO; MARTINS, IVES GANDRA. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1.

Resumo curricular: o autor é Juiz de Direito na 2ª Vara Cível do Cabo - PE, Professor de Direito Civil da UNICAP e da ESMAPE, ex-Promotor de Justiça em PE, e tem pós-graduação (especialização) pela UFPE.
Nome completo: Rafael José de Menezes