



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

DIREITO COMO LIBERDADE:
UMA PERSPECTIVA PLURALISTA DO DIREITO

ORIENTANDA: ANDRESSA MONTEIRO FERNANDES
ORIENTADORA: MS. LARISSA DE OLIVEIRA COSTA BORGES

GOIÂNIA-GO
2021

ANDRESSA MONTEIRO FERNANDES

DIREITO COMO LIBERDADE:

UMA PERSPECTIVA PLURALISTA DO DIREITO

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GOIÁS).

Prof^a. Orientadora: Ms. Larissa de Oliveira Costa Borges.

GOIÂNIA-GO

2021

ANDRESSA MONTEIRO FERNANDES

DIREITO COMO LIBERDADE:
UMA PERSPECTIVA PLURALISTA DO DIREITO

Data da Defesa: 02 de junho de 2021

BANCA EXAMINADORA

Orientadora Prof^a. Ms. Larissa de Oliveira Costa Borges

Nota

Examinador Convidado: Prof. Dr. Nivaldo dos Santos

Nota

RESUMO

A presente monografia apresentou o sistema jurídico contemporâneo analisando as diversas fontes do Direito como fundamento de decisões judiciais e a conseqüente necessidade de se superar o monismo estatal, haja vista que esse modelo de atuação jurídica-formalista não é mais capaz de atender às necessidades sociais. Assim, faz-se necessário discutir o Direito para além do legalismo estatal, conectando-o ao seu espaço público por excelência – as ruas. Inicialmente foi abordado os seguintes movimentos jurídicos: monismo, positivismo, pluralismo e pós-positivismo, comparando-os a fim de demonstrar o que melhor se adequa ao sistema jurídico contemporâneo, abordou-se, ainda, acerca da possibilidade de se ter um julgamento para além da literalidade da lei e o que significaria esse julgamento. Apresentou teorias críticas do Direito, nas suas concepções práticas e teóricas como via alternativa na resolução dos conflitos, que contribuem para a construção de uma nova cultura jurídica e que são vistas como forma de levar a justiça/direito à todas as pessoas, como: Pluralismo Jurídico e o Direito Achado na Rua. Em relação às demais fontes do Direito, buscou-se dar ênfase aos princípios, expondo casos ocorridos no Brasil onde essa fonte foi aplicada como fundamento decisório. Para alcançar o objetivo proposto utilizou-se do método dedutivo, materializado na pesquisa bibliográfica para coleta de dados necessários. Evidenciou-se que boas decisões judiciais devem ser construídas a partir das particularidades de cada demanda e que a lei, quando aplicada isoladamente, por vezes, não é capaz de proporcionar justiça, uma vez que não tem o caráter social esperado.

Palavras-chave: teorias críticas; monismo jurídico; pluralismo jurídico; direito achado na rua.

ABSTRACT

The present monograph presents the contemporary legal system analyzing the different sources of law as the basis for judicial decisions and the consequent need to overcoming state monism, given that this model of legal-formalist action is no longer capable of meeting social needs. Thus, it is necessary to discuss the Law beyond state legalism, connecting it to its public space par excellence - the streets. Initially, the following legal movements were approached: monism, positivism, pluralism and post-positivism, comparing them in order to demonstrate what best suits the contemporary legal system, it was also addressed about the possibility of there being a judgment beyond the literalness of the law and what that judgment would mean. He presented critical theories of law, in their practical and theoretical conceptions as an alternative form of conflict resolution, which contribute to the construction of a new legal culture and which are seen as a way of bringing justice / right to all people, such as: Pluralism cool and right found on the street. In relation to the other sources of law, he sought to emphasize the principles, exposing cases that occurred in Brazil in which this source was applied as a basis for decision making. To achieve the proposed objective, the

deductive method was used, materialized in the bibliographic research to collect the data needed. It was evident that good judicial decisions must be built based on the particularities of each demand and that the law, when applied in isolation, is sometimes not able to do justice, as it does not have the expected social character.

Keywords: critical theories; legal monism; legal pluralism; right found on the street.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 TEORIAS DE APLICAÇÃO DO DIREITO	10
1.1. PERSPECTIVA POSITIVISTA: O MONISMO JURÍDICO	10
1.2. PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA: O PLURALISMO JURÍDICO	15
1.3. JULGAMENTO PARA ALÉM DA LEI	25
1.3.1. Lei de introdução às normas do direito brasileiro	28
1.3.1.1. Fontes do direito.....	30
1.3.1.2. Como o juiz deve decidir e a literalidade da lei em suas decisões	37
2 DIREITO ACHADO NA RUA	43
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA	43
2.2. CONCEITO DO DIREITO ACHADO NA RUA	44
2.3. ABORDAGEM TEÓRICA E PRÁTICA: COMO O DIREITO ACHADO NA RUA INTERFERE E INFLUENCIA O DIREITO POSITIVO	47
2.4. MOVIMENTOS SOCIAIS	48
2.4. O DIREITO COMO LIBERDADE	51
3 PRINCÍPIOS COMO FONTE DE DECISÃO JUDICIAL	54
3.1. PRINCÍPIOS X LEI	54
3.1.1. Tribunais e a importância do uso dos princípios jurídicos	60
3.1.2. Casos ocorridos no Brasil.....	62
3.1.3. Consequências da aplicação de outras fontes que não seja a lei nos tribunais	64
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

No âmbito das mudanças estruturais da sociedade um dos elementos que merecem especial atenção é a eficácia do modelo normativo vigente, atentando-se para o fato deste modelo estar ou não acompanhando a evolução das relações sociais.

Nesse ponto, vê-se envolvido discussões sobre a dimensão de um Direito emancipatório, crítico, plural e com maior participação de novos sujeitos em detrimento de um modelo positivista, monista, legalista e que só vê o direito dentro das normais estatais.

Assim, considerando que a sociedade contemporânea, essencialmente plural, tem carências e necessidades diferentes do que as que tinha na época do apogeu do monismo estatal, percebe-se que essa nova sociedade não pode mais ser submetida ao sistema jurídico ultrapassado do monismo.

Diante dessa constatação de progressivo distanciamento do direito com a sociedade contemporânea nasce a latente necessidade de se repensar a configuração do sistema jurídico, uma vez que passam a compreender que a ideia de direito não pode mais ser dissociada da ideia dos fenômenos sociais.

Em consequência, o que se procura são novas formas de solução dos conflitos de uma sociedade coletiva, com a perspectiva de que o direito precisa ser mais eficaz atendendo às necessidades das novas demandas.

Nesse contexto, as propostas do pós-positivismo surgem permitindo o reconhecimento da pluralidade social e jurídica, ampliando a ideia de valoração do sistema jurídico e dos princípios, bem como aproximando o direito do povo.

A concepção de pluralidade ampliou o reconhecimento e a aplicação de diversas outras fontes do direito, além da pura e simples literalidade da lei. Com isso, buscou-se analisar a teoria do Direito Achado na Rua, que defende que o sistema jurídico deve ser mais voltado para a sociedade, uma vez que o direito emana do povo e para o povo.

O principal objetivo foi analisar as decisões judiciais fundamentadas com base em argumentos que não levam em consideração apenas a letra da lei, e os possíveis reflexos para a sociedade da aplicação de outras fontes do direito. Abordou-se, ainda,

a questão do direito como meio de liberdade social, pautando-se em teorias que buscam uma nova proposta para a dimensão jurídica através de um direito que não se esgota no positivismo legal. Pelo contrário, referidas teorias buscam aplicar os ideais sociais do pluralismo jurídico como forma de acesso à justiça.

Sem deixar, é claro, de analisar o papel dos juízes como aplicadores das leis e das diversas outras fontes do direito, bem como de promovedores de justiça, se realmente estão cumprindo este papel ou se estão meramente proferindo decisões genéricas e abstratas.

O método utilizado foi o dedutivo, efetivado através de pesquisa bibliográfica e desenvolvido a partir da hipótese de que os magistrados, em sua grande maioria, não analisam os efeitos sociais da lei, se ela é justa ou injusta para a demanda, bem como na hipótese de não se aterem à importância da construção de decisões singulares para cada caso concreto, onde deveria ser levado em consideração não apenas a literalidade da norma estatal, mas, também, as outras fontes do direito, que, talvez, satisfaçam melhor os interesses das partes envolvidas.

O trabalho foi estruturado em três capítulos, versando o primeiro acerca das teorias de jurídicas do monismo, do positivismo, do pluralismo e do pós-positivismo, iniciando com a definição e uma breve digressão histórica sobre o surgimento de cada uma, com o intuito de explicar o motivo que levou à crise do positivismo, e a consequente ascensão do pós-positivismo.

Em virtude da ascensão do pós-positivismo, foram pesquisados os posicionamentos dos autores Ronald Dworkin, Robert Alexy e Plauto Faraco de Azevedo, que buscam atribuir aspecto valorativo ao direito, reconhecendo a importância do uso dos princípios. Através dos fundamentos, principalmente, de Antonio Carlos Wolkmer, David Diniz Dantas e José Geraldo de Sousa Júnior, que objetivam mostrar a utilidade e a inutilidade da fundamentação de decisões judiciais baseadas apenas na lei expressa, construiu-se a fundamentação acerca do pluralismo jurídico. Buscou-se, também, explanar sobre a diversidade de fontes existentes no ordenamento jurídico brasileiro, que muitas vezes se encontra atrelado apenas à aplicabilidade genérica da lei.

No segundo capítulo tratou-se sobre a evolução histórica, a definição e a importância da aplicabilidade da teoria 'Direito Achado na Rua'. Adiante, foi abordado

em que consiste e qual a relação desta teoria com os movimentos sociais, uma vez que ela propõe um olhar voltado ao espaço público, que é a rua, palco dos movimentos sociais.

Dessa forma, buscou-se demonstrar a importância do conhecimento da ciência jurídica para que se adquira a liberdade de reivindicar os direitos que não estão sendo assistidos de forma necessária.

Ademais, foi comparado a teoria do Direito Achado na Rua com o direito positivado, pretendendo demonstrar a diferença da aplicação de cada um, bem como os reflexos dessas aplicações nas decisões judiciais.

O terceiro capítulo abordou a temática dos princípios como fonte de decisão judicial, buscando-se, assim, comparar a lei e os princípios, que são, dentre as diversas outras, fontes do Direito. Diante dessa comparação, demonstrou-se, através de casos concretos ocorridos no Brasil, a importância do uso dos princípios como fundamento decisório em casos em que a lei não exista ou que, até mesmo exista, mas que não cumpre sua função social de promover justiça.

1 TEORIAS DE APLICAÇÃO DO DIREITO

As teorias de aplicação do Direito são tidas como as formas de aplicação e como modelos de reações à ciência jurídica. Ou seja, seria a maneira como se entende e, conseqüentemente, como se aplica o Direito.

O positivismo e o monismo são teorias que restringem o direito à ideia de que somente pode ser considerado jurídico aquilo que se entende por normas emanadas do Estado, remetendo-se à concepção de que o Estado seria a única fonte válida da criação de normas jurídicas. O pós-positivismo e o pluralismo, por sua vez, compreendem que o Direito está além da concepção pura de lei, defendendo a coexistência de diversos sistemas jurídicos na mesma sociedade.

1.1. PERSPECTIVA POSITIVISTA: O MONISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico, em sentido amplo, é uma teoria monista sobre o direito e teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen, tornando-se nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas (SCHULER, 2014).

Hans Kelsen denominou sua doutrina de “teoria pura do Direito”, que significa que “o Direito deve ser purificado, decantado das contaminações ideológicas dos juízos de valor moral ou político, social ou filosófico” (SCHULER, 2014, p. 226).

Diante dessas características, vê-se que se trata de uma teoria, em qualquer de suas variantes, restritiva do direito (AZEVEDO *apud* FREITAS; MOREIRA, 2010).

José Geraldo de Sousa Júnior, em entrevista concedida ao canal digital Alice CES (2014), diz que o sistema positivista transforma o jurista em expositor e memorizador das leis, sem exercer seu espírito crítico e que seria uma forma quase “bíblica” de se considerar o direito. O autor completa dizendo que as faculdades são “ditas de direito, mas na verdade elas são faculdade de leis” (SOUSA JUNIOR *apud* CARLET, 2014).

De acordo com Ángel Latorre o positivista “entende que o direito pode ser estudado como algo separado da consideração global dos fenômenos sociais” (*apud*

AZEVEDO, 2001, p. 169), limitando-se às proposições legais, distante das necessidades sociais, onde a prestação jurisdicional, aplicada apenas na literalidade da lei, não gera uma justiça social (AZEVEDO, 1995).

Por assim dizer, o positivismo não leva em consideração a justiça ou injustiça do conteúdo da lei, ou seja, os efeitos sociais produzidos pela lei a ser aplicada, conferindo importância à sua efetiva aplicação. Ideia traduzida no vocábulo 'dura lex, sed lex', ou seja, a lei é dura, mas é a lei.

Traçando um paralelo, tem-se a teoria monista do direito e, ao defini-la, se estará diante da ideia de que Direito, só pode ser assim considerado, quando positivado, ou seja, somente pode ser considerado jurídico aquilo que se entende por normas emanadas do Estado. A ideia de Direito atrelado ao Estado remete-se à concepção moderna de que este é o centro do poder e única fonte válida da criação de normas jurídicas (CARVALHO, 2013).

Nesse sentido, os esclarecimentos de Lucas de Carvalho:

O monismo jurídico é a concepção, consolidada ao longo da modernidade, segundo a qual o Estado é o centro único do poder e o detentor do monopólio de produção das normas jurídicas. Enquanto sinônimo de direito estatal, o direito encerra-se nos textos legais emanados do poder legislativo. Nesse contexto, a lei vale pelo simples fato de ser a lei, de modo que sua legitimidade advém da mera observância dos procedimentos previamente estabelecidos, isto é, das normas que regulamentam o processo legislativo (2013, p.14).

O monismo é o modelo jurídico adotado como regra pelo Estado, surgido na Europa, construído por quatro grandes ciclos evolutivos que serviram de pressupostos básicos para a sua formação, sendo eles: o declínio do feudalismo e ascensão do modo de produção capitalista; a ascensão da burguesia; o liberalismo como visão sócio política do mundo; e a estrutura onde o Estado forte, absolutista e soberano centraliza o poder (LAVALL; CAOVIALLA, 2017).

A evolução do monismo jurídico compreende 'etapas', divididas por Antonio Carlos Wolkmer (1992) em quatro grandes 'ciclos' e cada um desses ciclos foi por ele denominado de "ciclo monísticos", os quais estão intimamente ligados com a estrutura de poder político e o modo de produção socioeconômico da época.

Em meados dos séculos XI e XV, na Europa Ocidental, o sistema feudal começa uma lenta degradação e, com isso, vê-se a instauração do capitalismo como um novo modelo de cultura material, social e política (WOLKMER, 1992).

Neste mesmo momento histórico foi registrado a passagem do 'pluralismo político medieval', cujos contornos eram evidentes na multiplicidade de centros de poder político, sob o comando da nobreza, do clero, de universidades, reinos, estamentos, organizações e corporações de ofício, para um estágio de consolidação do monismo estatal (WOLKMER *apud* LAVALL; CAOVIALLA, 2017).

Ainda nesse mesmo contexto é válido destacar que, com o florescimento do capitalismo houve o surgimento de uma nova classe social, os edificadores da chamada sociedade burguesa. Esta, por sua vez, passa a participar no controle das novas formas de organização do poder:

a consequência desse deslocamento nas relações sociais aponta um quadro em que o controle político-econômico, assentado na autoridade de uma aristocracia proprietária da terra, passa a ser compartilhado por 'homens cuja influência provinha unicamente da propriedade de bens móveis [...]' (WOLKMER, 1992, p. 37).

É importante explicitar que existia nos centros medievais um certo pluralismo jurídico, cujo direito era produzido pelos diversos agrupamentos sociais que integravam a sociedade civil, e não pelo Estado (MELO *apud* KRELL; ALMEIDA; FREITAS, 2017). Na verdade, "havia o direito feudal, o direito das corporações, o direito das comunas ou *civitates* [...], o direito dos 'reinos'" (BOBBIO *apud* KRELL; ALMEIDA; FREITAS, 2017, p. 07), ou seja, "havia uma pluralidade de fontes, mas nenhuma delas exercia o monopólio da produção jurídica" (FERRAJOLI *apud* KRELL, ALMEIDA, FREITAS, 2017, p. 07).

No entanto, deve-se ressaltar que o pluralismo jurídico identificado nesse período não é o mesmo que o pluralismo jurídico contemporâneo, uma vez que tinha estreito vínculo com a propriedade e a posse de terras, inexistindo uma essencialidade emancipatória (KRELL; ALMEIDA; FREITAS, 2017).

Reputa-se tal contexto como o primeiro "ciclo" do monismo jurídico. Assim, resumindo, pode-se dizer que no seu início histórico, o monismo estava associado ao declínio do feudalismo, aos interesses absolutistas da monarquia fortalecida e às

novas necessidades de regulamentação centralizadora das práticas mercantis prevalentes (WOLKMER, 1992).

O segundo “ciclo monístico” é registrado a partir de uma série de eventos históricos importantes, como a Revolução Gloriosa, o Iluminismo e a Revolução Francesa e com o conseqüente declínio do Estado Absolutista diante desses eventos (LAVALL; CAOVIALLA, 2017).

Com isso, o direito estatal deixou de representar exclusivamente os anseios da monarquia absolutista, para tornar-se produto das novas ideias e condições advindas do capitalismo concorrencial e da crescente produção industrial. A nova classe social burguesa desenha o direito à luz do liberalismo econômico e para que sirva de instrumento à manutenção de seus próprios interesses (WOLKMER *apud* LAVALL; CAOVIALLA, 2017).

Nesse cenário, passaram a privilegiar mais a lei escrita como fonte do direito, de modo que:

[...] é perceptível a gradativa postulação e redução do Direito Estatal ao Direito Positivo; consagrando-se a exegese de que todo o Direito não só é Direito enquanto produção do Estado, mas, sobretudo, de que somente o Direito Positivo é verdadeiramente Direito. (WOLKMER, 2001, p. 55).

Segundo Wolkmer (2001), o terceiro “ciclo” culmina-se no formalismo dogmático da Escola de Viena, cujo expoente principal é a “teoria pura do Direito”, de Hans Kelsen.

De acordo com a proposta de Hans Kelsen, o caráter monista do direito decorre da sua existência apenas na forma de sistema único emanado do Estado. Não haveria espaço para dualismo, Estado e Direito se encontrariam fundidos em um só instituto. (ANTUNES *apud* LAVALL; CAOVIALLA, 2017).

Ao analisar a obra de Hans Kelsen, Wolkmer entende que:

A concepção kelsiana da ‘entidade jurídica estatal’ reflete um ‘mundo monista formado por uma série de ordenamentos subordinados a uma hierarquia de graus sucessivos (...) de extensão e eficácia decrescentes, desde o ordenamento internacional até ao Estado, às entidades autárquicas, às pessoas jurídicas públicas, às funções etc.’ Para lá da simples coação, a identidade do estado e do Direito permite considerar o Estado essencialmente como a ordem jurídica politicamente centralizada. A proposta ‘científica’ de Kelsen descarta o dualismo Estado-Direito, fundindo-os, de tal modo que o Direito é o Estado, e o estado é o Direito Positivo (WOLKMER, 2001, p. 57).

Por fim, o quarto “ciclo” do monismo jurídico engendrou-se a partir dos anos 1960 e 1970. As novas demandas político-econômicas, o aumento dos conflitos entre grupos e classes sociais, bem como o surgimento de complexas contradições materiais e culturais, típicas das sociedades de massa, tornam, nesta fase, o direito estatal obsoleto (WOLKMER, 2001).

Por assim dizer, nesta quarta etapa chega-se ao esfacelamento do paradigma jurídico positivo-centralizador, que sustentou por mais de três séculos a modernidade burguês-capitalista. Todavia, em que pese o cenário de declínio dessa concepção jurídica, o monismo estatal normativista vale-se da dogmática jurídica e de uma estrutura altamente institucionalizada, para manter-se hegemônico (WOLKMER, 2001).

Diante da evolução histórica traçada, conclui-se que nos países ocidentais prevaleceu uma cultura jurídica unitária, que se limitou a reproduzir idealizações normativas características de “determinada legalidade estatal e racionalização formal” (WOLKMER, 2001, p. 66), pertencentes a um modo particular de produção econômico-social (o capitalista).

A partir da última metade do século XX, as sociedades situadas no centro e na periferia capitalista, passaram a estabelecer contato com “novas e flexíveis modalidades de produção do capital, radicais contradições sociais e instabilidades continuadas que refletiram crises, tanto em nível de legitimidade, quanto de produção e aplicação da justiça” (WOLKMER, 2001, p. 70).

Com isso, viu-se que o referido modelo jurídico ficou saturado, uma vez que:

[...] escravizava os anseios e as demandas da sociedade, havendo uma inversão de propósitos, pois devia ter em mente que o direito teria de caminhar a serviço da sociedade e não o contrário. Concluindo que se o direito não mais presta a atender seus propósitos, não mais serve para satisfazer as necessidades para as quais foi originalmente concebido como ato da inteligência humana (PRADO, 2007, p. 06).

Assim, o monismo jurídico caracteriza-se por ser uma teoria onde o direito se torna alheio aos interesses sociais, uma vez que se pauta em aplicar o regramento legalista a todo custo, não se indagando se determinada lei contribuirá positivamente ou negativamente com determinada relação jurídica. Ou seja, esse modelo é incompreensivo e não corresponde aos interesses sociais atuais.

Em âmbito nacional, Antonio Carlos Wolkmer explicita que as mudanças ocorridas no Brasil entre o final do século XIX para o século XX, advindas da alteração do sistema monárquico para o sistema republicano e do deslocamento da correlação de forças, “acabaram afetando a formação social brasileira que, com a instauração de uma ordem claramente liberal-burguesa, propiciou a solidificação definitiva de uma cultura jurídica positivista” (WOLKMER, 1992, p. 109). Este positivismo nacional, segundo o autor (1992) caracterizou-se por ser essencialmente monista, estatal e dogmático.

O sistema legalista nacional enfrentou uma crise paradigmática, pois viu-se diante de novas adversidades, “não conseguindo absorver determinados conflitos coletivos específicos no final do século XX” (WOLKMER, 1992, p. 124). Assim,

o monismo jurídico estatal montado para administrar conflitos de natureza individual e civil torna-se incapaz de apreciar devidamente os conflitos coletivos de dimensão social, ou seja, conflitos configurados por mais de um indivíduo, grupos ou camadas sociais. (WOLKMER, 1992, p. 124)

Ante ao novo cenário da época, viu-se o declínio da teoria monista, um sistema alheio às demandas sociais e coletivas encontrou dificuldades de se manter diante da expansão das relações e conflitos entre diferentes povos.

1.2. PERSPECTIVA PÓS-POSITIVISTA: O PLURALISMO JURÍDICO

Em contraposição às ideias defendidas pelo positivismo, corrente utilizada para dar suporte aos governos autoritários da época (nazismo e fascismo), com o fim da Segunda Guerra Mundial, surgiu o pós-positivismo, uma corrente do pensamento contemporâneo (CALIXTO; CARVALHO, 2016).

O pós-positivismo surgiu como forma de superar as atrocidades cometidas “em nome da lei” (NUNES; MADOGGIO; SEROTINI, 2011, p. 06) no período em que o positivismo era a corrente predominante e visava reintroduzir valores morais ao direito, conferindo maior importância aos princípios (CALIXTO; CARVALHO, 2016).

De acordo com Ricardo Fernandes e Guilherme Bicalho, a crise do positivismo é evidenciada, entre outras razões:

1) pelo pluralismo e a complexidade da sociedade pós-moderna, que fazem sucumbir a ideia de completude do sistema positivo codificado, e 2) pelas dificuldades de mitigar a aplicação das normas positivas mesmo diante de soluções absurdas ou desproporcionais, como no exemplo do sacrifício de seres humanos na Alemanha nazista. (FIGUEROA *apud* BICALHO; FERNANDES, 2011, p. 8)

Ou seja, analisando-se o contexto histórico, vê-se que “o positivismo jurídico tradicional passa a não ser capaz de explicar adequadamente a realidade do direito” (FIGUEROA *apud* BICALHO; FERNANDES, 2011, p. 8).

Na contramão do positivismo, os mesmos autores pontuam, o que, para eles, seriam as principais características da nova corrente:

a) a abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição; b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; c) a Constituição passa a ser o *locus* principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica. (BICALHO; FERNANDES, 2011, p. 10)

Assim, o pós-positivismo é visto como uma corrente que atribui aspecto valorativo ao Direito, considera e reconhece a importância dos princípios na aplicabilidade da ciência jurídica.

Os autores Ruy Hermann Medeiros, Ana Paula Sotero e Nadine Amorim consideram ainda mais, que o pós-positivismo “permitiu a ampliação das interpretações dos casos concretos, de modo a conceber o ordenamento jurídico como um sistema plural e aberto aos fatos e valores da sociedade”. (AMORIM; MEDEIROS; SOTERO, 2017, p. 16).

Ronald Dworkin, em 1967, foi o primeiro autor da teoria do direito recente a “apresentar os princípios jurídicos de uma forma oposta ao pensamento positivista” (BICALHO; FERNANDES, 2011, p. 9).

Pouco tempo depois, em 1979, Robert Alexy formula sua teoria dos direitos fundamentais, enfatizando “a necessidade de uma teoria dos princípios” (BICALHO; FERNANDES, 2011, p. 12) e afirmando que “um dos objetivos de sua pesquisa é a reabilitação da tão depreciada teoria valorativa dos direitos fundamentais” (BICALHO; FERNANDES, 2011, p. 12). Assim, o novo pensamento se aproxima das decisões que tentam estabelecer um mínimo de valoração na aplicação das normas (BICALHO; FERNANDES, 2011).

O trabalho desses dois autores foi responsável por conferir aos princípios a sua atual configuração: uma espécie de norma jurídica, o que não era reconhecido pelos pensadores positivistas, estes, quando muito, considerava-os como “fórmula integradora do sistema ou critério de hermenêutica” (BICALHO; FERNANDES, 2011, p. 14).

As ideias de Ronald Dworkin e Robert Alexy convergem quando ambos consideram os princípios como normas jurídicas (BICALHO; FERNANDES, 2011) e divergem, entre outros fatores, uma vez que Dworkin “entende que os princípios são restritos aos direitos individuais, enquanto os direitos coletivos estariam na vertente por ele denominada políticas” (DWORKIN *apud* BICALHO; FERNANDES, 2011. p. 18). Alexy, por outro lado, entende que os princípios englobam os direitos coletivos (ALEXY *apud* BICALHO; FERNANDES, 2011. p. 16).

Na sequência, o Juiz Federal David Diniz Dantas, critica o positivismo, afirmando a insuficiência desse modelo que considera apenas a literalidade da lei para solucionar os casos judiciais. Assim, ele também se filia à corrente de que o direito não pode ser visto apenas dentro das leis, mas, também, nos princípios constitucionais. (DANTAS *apud* PASTOR; CHIMANOVITCH, 2004).

Plauto Faraco de Azevedo propõe deve ser feita uma interpretação extensiva da lei, ou seja, deve-se interpretar para além da literalidade pura e simples da lei, onde o juiz exercerá seu poder crítico. O autor vai dizer, ainda, que adequar as instituições jurídicas às necessidades reais dos homens, não significa desrespeito às leis, mas sua razoável compreensão e aplicação (AZEVEDO, 1995).

Contudo, o autor ressalta que os extremos devem ser evitados na aplicação judicial do direito: “1) a automatização, mediante a realização do denominado silogismo jurídico; 2) a liberação do juiz do princípio da legalidade da atividade jurisdicional” (AZEVEDO, 1995, p. 09).

Ou seja, o juiz não pode exercer sua função de forma mecanizada, afastando-se do seu poder criativo, mas, também, não deve esquecer que há limites impostos à sua atuação.

O desenvolvimento do pós-positivismo se deu, pelo menos uma boa parte, em razão da sociedade plural da época, onde existiam diversos grupos com diversos interesses e necessidades sociais diferentes. Ao conferir importância a essa

pluralidade, o pós-positivismo reconhece a existência de outras fontes do direito, que não seja apenas a aplicação da lei em sua fria literalidade.

Traçando um pequeno resgate histórico, remonta-se ao período medieval, onde encontra-se o primeiro conceito de pluralidade de sistemas normativos, conforme anteriormente citado, o chamado direito pré-moderno (LEMOS, 2012). Na época conviviam, no mesmo espaço de tempo e lugar, quatro manifestações legais:

[...] direito senhorial, fundado na função militar; direito canônico, baseado nos princípios cristãos; direito burguês, calcado na atividade econômica e, por fim, direito real, com pretensões de incorporar as demais práticas regulatórias, em nome da centralização política (LEMOS, 2012, p.15).

Assim, tinha-se na época diversos grupos sociais convivendo em conjunto, cada um produzindo o seu direito. No entanto, a perspectiva de pluralismo que será estudada se refere à construção moderna da teoria.

O pluralismo jurídico surge como consequência dos movimentos sociais e ganha notoriedade uma vez que o Estado não é mais capaz de solucionar as demandas sociais. Com isso, a nova teoria surge “como uma nova resolução político-jurídica para representar os direitos dos marginalizados, que o Estado não consegue alcançar devido à prevalência dos interesses da classe dominante” (AMORIM; MEDEIROS; SOTERO, 2017, p. 210).

Entretanto, essa teoria possui diversas linhas doutrinárias. Miguel Reale (*apud* GRIBOGGI, 2009) considera que dificilmente se conseguiria resumir os princípios do pluralismo, uma vez que para cada autor existe uma forma de pluralismo. Porém, Reale estabelece “um denominador comum entre os pluralistas, qual seja, o antiformalismo e o repúdio à lei como formas, que culminam na negação de um Estado como única fonte de Direito Positivo” (REALE *apud* GRIBOGGI, 2009, p. 125).

Quanto a esse “denominador comum” entre os pluralistas, cabe fazer uma observação. A afirmação de que os pluralistas repudiam a lei não foi acertada. Muitos pluralistas, como por exemplo o autor Plauto Faraco de Azevedo citado anteriormente, não são contra a lei, o que eles defendem é que a lei positivada pelo Estado não é a única fonte de Direito existente em uma sociedade, bem como que essa fonte não pode ser tomada como a mais adequada, reconhecendo-se outras formas de

regulação jurídica não estatais, que se estabelecem em paralelo ao direito estatal (GRIBOGGI, 2009).

José Carlos Filho (*apud* GRIBOGGI, 2009) também apoia que existem diversas linhas de pensamento sobre as interpretações do pluralismo jurídico, e, assim como Miguel Reale, reconhece que os pluralistas concordam em dois pontos, ou seja, que “em qualquer sociedade coexistem várias formas de juridicidade conflitantes ou consensuais e que o direito não é apenas aquele produzido pelo Estado” (SILVA FILHO *apud* GRIBOGGI, 2009, p. 125-6).

Para Antônio Carlos Wolkmer “o pluralismo surge devido à falta de atenção do Estado para com aqueles mais necessitados, pois é destas classes mais sofridas e necessitadas, que surge a regulamentação estatal” (*apud* GRIBOGGI, 2009, p. 178).

Angela Maria Griboggi (2009), complementa a explicação de Wolkmer considerando que o pluralismo também irá originar-se devido à falta de efetividade ofertada pela prestação jurisdicional do Estado a todos aqueles que precisam de sua proteção.

Boaventura de Sousa Santos, no mesmo sentido, dispõe que: “o pluralismo jurídico surge para preencher a lacuna promovida pela ausência do Estado em determinadas localidades” (*apud* AMORIM; MEDEIROS; SOTERO, 2017, p. 208).

O Brasil, em sua essência, mesmo que por diversas vezes não seja reconhecido, é um país plural, pois sua construção se deu através de diversas bases jurídicas que trouxeram um contexto pluralista e materializado (AMORIM; MEDEIROS; SOTERO, 2017).

Vale ressaltar novamente que o pluralismo jurídico reconhece a existência de um direito paralelo ao oficial, não deve ser tomado como um meio de negação do Estado ou das instituições jurídicas já existentes (CATUSSO, 2007).

Nesse sentido, Wolkmer constrói a perspectiva de um pluralismo jurídico estatal e um pluralismo jurídico comunitário democrático, contra-hegemônico (*apud* GRIBOGGI, 2009). Neste se cria direitos a partir da reunião da comunidade e das decisões comunitárias. Naquele, o direito é reconhecido e controlado pelo Estado.

O autor não está propondo uma espécie de abolição do direito estatal, este pode até ser hegemônico, mas não é o único.

Para Wolkmer:

[...] pode-se afirmar que as duas principais causas do Pluralismo Jurídico são a ineficácia e a injustiça do modelo da unicidade do direito. Parte do pressuposto de que o modelo da unicidade é incapaz de contemplar corretamente a existência de desvantagens próprias de grupos sociais particulares e de perceber a relatividade da ideia de justiça (WOLKMER *apud* SCUSSEL, p. 74, 2019).

Conclui-se, portanto, que o pluralismo jurídico torna evidente a força e a autenticidade de diversas manifestações normativas não estatais, revelando uma vasta produção legal informal. Tratando-se, assim, de um processo de construção de outras formas jurídicas (SCUSSEL, 2019).

Esta teorização, para Joseane Catusso (2007), abrange, também:

[...] a imprescindibilidade de reordenação do espaço público por meio de uma política democrático-solidária, descentralizadora e participativa, na busca pela implementação de uma ética concreta de alteridade que contemple os momentos material e formal, tendo por base principal a realidade concreta. (CATUSSO, 2007, p. 119)

Assim, a autora salienta que Wolkmer, ao propor um novo tipo de pluralismo ampliado, considera imprescindível “a implementação de estratégias de efetividade formal” (CATUSSO, 2007, p. 136), em conjunto com os fundamentos de efetividade material, abrangendo, com isso, “as condições para a realização de uma política democrática tendente a produzir um espaço comunitário descentralizado e participativo” (CATUSSO, 2007, p. 136).

Lucas Machado Fagundes condensa a teoria comunitária participativa de Wolkmer em cinco pilares:

[...] a) legitimação de novos sujeitos sociais; b) fundamentação na justa satisfação das necessidades humanas; c) democratização e descentralização do espaço público participativo; d) defesa pedagógica por ética da alteridade; e) consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória. (FAGUNDES, 2016, p. 172).

Outro importante pesquisador do pluralismo jurídico é o autor Boaventura de Sousa Santos. E para melhor compreensão da sua teoria é necessária uma breve exposição da pesquisa realizada por ele na favela carioca do Jacarezinho, apelidada de ‘Pasárgada’.

O que o autor buscou estudar foi uma das formas concretizadoras do pluralismo jurídico, com isso, foi possível ver a aplicação da teoria na prática nas ruas brasileiras. Nesse sentido, Olímpio de Moraes Rocha busca explicar o que o pesquisador procurava em Jacarezinho:

Ele tentava achar nas comunidades dos morros cariocas uma situação de pluralismo jurídico, aqui já demonstrado como existente, desde que no mesmo espaço geopolítico vigore mais de uma ordem jurídica. Foi o que o autor verificou em Pasárgada, onde convivia um direito alternativo paralelamente (ou, muitas vezes, em conflito) ao direito estatal brasileiro. Esse direito, interno e informal, como descreveremos, era gerido pela Associação de Moradores (ROCHA, 2012, p. 158-9).

Para atingir seus objetivos, o pesquisador residiu durante um tempo em Jacarezinho, acompanhando o cotidiano da comunidade, especificamente as reuniões realizadas na associação de moradores, uma vez que esses encontros tinham um formato semelhante ao de um tribunal, onde determinados conflitos acontecidos na comunidade eram resolvidos no local (LEMOS, 2012).

Para o direito oficial a situação em Pasárgada não passava de uma invasão da área, onde os moradores não tinham título legal de posse dos terrenos individualizados em lotes e, além disso, as construções no local não obedeciam às regras urbanísticas estabelecidas pela municipalidade (ROCHA, 2012).

E o objeto de estudo do autor é a justamente essa luta entre a ilegalidade da referida comunidade e o direito estatal, essa luta contribui com o desenvolvimento do direito alternativo, paralelo ao oficial, uma vez que a população passa a solucionar seus conflitos sem intervenção estatal (LEMOS, 2012).

Assim, conclui-se que o motivo pelo qual o pluralismo jurídico do local pesquisado surgiu foi o conflito de classes.

Outro ponto que chama a atenção de Boaventura é a omissão do estado brasileiro em Pasárgada, no que se refere às políticas públicas que deveriam ser instaladas na região. Em complemento a esse pensamento, o autor vai estabelecer os motivos pelos quais os moradores resistiam em procurar os meios jurídicos, solucionando seus conflitos dentro da própria comunidade:

i) o medo da represália oficial devido ao fato da ocupação da favela, em meados de 1930, ter sido feita de forma irregular (e a própria comunidade tinha consciência dessa irregularidade); ii) a truculência da ameaçadora atuação policial dentro da comunidade, já que, sempre que adentrava ao

morro, a polícia acabava por prender inocentes; e iii) a descrença na possibilidade de pessoas de classes superiores (advogados e juizes) serem vetores de resolutividade para os conflitos lá estabelecidos, inclusive por questões econômicas, já que seria muito caro para os moradores contratar os serviços de um profissional da advocacia (ROCHA, 2012, p. 159-160).

Diante desse cenário de omissão estatal e de resistência em se procurar a atuação jurisdicional, os moradores criaram uma associação “que tinha competência para dirimir contendas atinentes às edificações e posse da terra, corriqueiramente motivos de disputas entre vizinhos” (ROCHA, 2012, p. 160).

O interessante é que nessas resoluções de conflitos eles tinham uma espécie de “rito processual” criado por eles mesmos, onde o “processo” seria guiado pelo presidente da associação de moradores (ROCHA, 2012).

Nesse contexto de coletividade, concretizado na Associação de Moradores, é que se tem o direito paralelo de Pasárgada. Boaventura estabelece algumas características dessa “AM”, forma como o autor se refere à associação:

[...] A AM foi à primeira ação social em toda a comunidade controlada pela comunidade em Pasargada. Ela foi criada com a proteção e assistência do estado para organizar a participação autônoma e coletiva dos Pasargadianos, na evolução física e cívica da comunidade. Fundada no final de 1966, seus estatutos foram aprovados pela assembléia geral de membros em meados de 1967 e foi oficialmente incorporado em 1968. Os objetivos da AM, os quais se assemelham aos de outras associações criadas como parte da Operação Mutirão no início dos anos 60, enfatiza: I - Pleitear perante as autoridades competentes estaduais ou federais sobre medidas destinadas a melhorar os serviços públicos relativos a seus associados. III. Para atuar como elo entre a população local, auxiliando este último na resolução de todos os problemas relativos à comunidade. V. Atuar legalmente e com grande zelo pela manutenção da ordem e para a segurança e tranqüilidade das famílias. A AM rapidamente se tornou conhecida na comunidade. Embora muitas pessoas possam não saber os detalhes organizacionais ou quem seus diretores são, hoje poucos são ignorantes em relação. À sua existência. Apesar de suas funções estatutárias, a AM é identificada na comunidade com melhorias e como um lugar para ir quando se tem um problema com uma casa ou barraco. (SANTOS *apud* LEMOS 2012, p. 21).

Dentro dessa conjuntura, pode-se resumir que para o Estado essas pessoas estavam configuradas de forma ilegal, então essas pessoas resolveram que a resolução dos problemas da comunidade deveria partir deles mesmos, mesmo que a legitimidade das decisões fossem apenas internamente. Ou seja, as decisões tomadas em Pasárgada não eram reconhecidas pelo aparato estatal e as mesmas não eram embasadas nas leis positivadas, mas sim em um sistema “empírico que se

dá no dia a dia, no costume e na prática reiterada de acontecimentos e decisões” (LEMOS, 2012, p. 23).

Dessa forma, “procuram os habitantes constituir um direito menos técnico e formal, menos vinculado a figuras classistas e empoderadas, calcado em demandas diárias, as quais se expressam em termos cotidianos” (LEMOS, 2012, p. 24). Elaborando-se, inclusive, normas que serão aplicadas aos conflitos jurídicos da comunidade (ROCHA, 2012).

Boaventura de Sousa Santos resume o que entende por pluralismo jurídico de Pasárgada:

Uma das ideias centrais deste ensaio é que, no estado de direito da sociedade capitalista, o estado não é só de direito e o direito não é só do estado. No caso aqui analisado- o direito de Pasárgada – a retórica jurídica é exercida pelo operariado industrial (e também pelo exército de reserva e por uma fração do que, muito inadequadamente, tem sido chamado de pequena-burguesia-favelada), fora do âmbito do direito estatal e no seio de uma organização comunitária (a associação dos moradores) mais ou menos autônoma. Apesar de toda sua precariedade, o direito de Pasárgada representa a prática de uma legalidade alternativa e, como tal, o exercício alternativo de poder político, ainda que muito embriônico. Não é um direito revolucionário, nem tem lugar numa fase revolucionária de luta de classes; visa resolver conflitos intraclassistas num espaço social marginal. Mas, de qualquer modo, representa uma tentativa para neutralizar os efeitos da aplicação do direito capitalista de propriedade no seio dos bairros de lata e, portanto, no domínio habitacional da reprodução social (SANTOS *apud* LEMOS, 2012 p. 26-7).

Devido às alterações sociais, Boaventura considera necessário novas categorias de classificação da teoria, assim, o autor faz uma releitura teórica e denominará de novíssimo pluralismo jurídico:

Na atualidade, as transformações políticas e institucionais em curso na América Latina, em especial na Bolívia e no Equador, colocam em pauta a emergência de um terceiro conjunto de estudos sobre o pluralismo jurídico, a que chamarei novíssimo pluralismo jurídico. O novíssimo pluralismo jurídico é dinamizado no âmbito do que denominei constitucionalismo transformador. A vontade constituinte das classes populares nas últimas décadas no continente latino-americano tem-se manifestado numa vasta mobilização social e política que configura um constitucionalismo a partir de baixo, protagonizado pelos excluídos e seus aliados, com o objetivo de expandir o campo do político para além do horizontal liberal, através de uma nova institucionalidade (plurinacionalidade), uma nova territorialidade (autonomias assimétricas), uma nova legalidade (pluralismo jurídico), e um novo regime político (democracia intercultural) e novas subjetividades individuais e coletivas (indivíduos, comunidades, nações, povos, nacionalidades) (SANTOS *apud* LEMOS, 2012, p. 28-9).

Em contrapartida a essas ideias expostas tem-se alguns doutrinadores, não muitos, que rejeitam o pluralismo jurídico.

Bobbio, por exemplo, considera que o pluralismo pode ocultar uma ideologia revolucionária ou uma reacionária:

acredita que esta doutrina pode ocultar tanto uma ideologia revolucionária inserida em ordenamentos que contribuem para a progressiva libertação dos indivíduos e dos grupos oprimidos pelo poder Estatal, quanto uma ideologia reacionária como um episódio da desagregação ou da substituição do Estado e, portanto, como sistema de uma iminente e incompatível anarquia (BOBBIO *apud* GRIBOGGI, 2009, p. 3427).

Contudo, o autor não faz referência ao fato de que o pluralismo não nega o Estado, pelo contrário, reconhece-se outros ordenamentos paralelos ao ordenamento estatal (GRIBOGGI, 2009).

Em segundo, Miguel Reale, que não era a favor do pluralismo jurídico, mas sim de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, considera que a doutrina é falha por não distinguir o direito social do direito jurídico, relata que “falharam em parte todas as tentativas feitas para apresentar um elemento novo, distinto do Direito Positivo em substituição do elemento representado pela coação” (REALE *apud* GRIBOGGI, 2009, p. 3427).

Griboggi comenta o porquê de não ser possível concordar com Reale, uma vez que ao afirmar que o pluralismo não diferencia o direito pluralista do social, o autor não considera que ambos:

são faces de uma mesma realidade, qual seja, a realidade histórica de uma determinada localidade, que se completa dentro deste sistema, sendo uma bagatela a afirmação de que não existem elementos distintos do Direito Positivo, capazes de substituir o poder coercitivo do Estado (GRIBOGGI, 2009, p. 3428).

Antônio Carlos Wolkmer explica que o pluralismo tipificado, entendido como determinado direito espontâneo popular não está isento de manipulações do poder instituído:

[...] podendo, por manobra do sistema capitalista, de sistemas totalitários, ou de juristas comprometidos, com a ordem do status quo, assumir a transparência, de uma não oficialidade pseudo-insurgente e paralegal, de cunho comunitário, quando em realidade, tem a função de esvaziar os conflitos, mascarar as genuínas expressões populares e reforçar o controle por parte do Direito oficial, em níveis de absorção, que permitem a

recomposição, do próprio sistema dominante (WOLKMER *apud* VÉRAS NETO, 2010, p. 152).

Não há como negar a importância e a presença do pluralismo jurídico no mundo contemporâneo, e mesmo que o Estado ou doutrinadores tentem camuflá-lo ele é um marco jurídico extremamente importante e que, possivelmente, proporcionará melhorias à sociedade, “principalmente pelo fato de importar maiores condições de dignidade humana e democracia social” (GRIBOGGI, 2009, p. 3428).

1.3. JULGAMENTO PARA ALÉM DA LEI

Conforme exposto, a visão pós-positivista defende que o direito não encontra-se apenas na lei estatal e esse direito posto nas leis não é capaz, muitas vezes, de alcançar a justiça que o indivíduo necessita, ou seja, não é capaz de atingir a chamada “justiça social” de Plauto Faraco de Azevedo (1995).

David Diniz Dantas (*apud* PASTOR; CHIMANOVITCH, 2004) considera que a Constituição Federal é uma carta principiológica, por isso transpõe o direito posto nas leis. Contudo, o autor ressalta que “não adianta incluir na Constituição princípios lindos de justiça social, de proteção aos pobres, se continuo aplicando o legalismo formal” (DANTAS *apud* PASTOR; CHIMANOVITCH, 2004, p. 11). O mesmo autor considera, ainda, que a lei é o ponto de partida dos juízes e estes interpretando-a é que devem construir uma decisão justa, que se adeque o máximo possível às necessidades do caso concreto.

Nesse contexto, conclui-se que um julgamento para além da lei seria um julgamento que analisasse a melhor decisão a ser dada à demanda, não apenas se limitando à letra fria da lei, mas sim levando em consideração as outras fontes do direito. Isso é necessário porque cada caso judicial tem suas particularidades e a lei é algo genérico e abstrato.

Essa análise se torna mais completa se levar em consideração a diferença entre Direito e justiça. Sergio Cavalieri Filho (2002) considera que a finalidade do Direito é a realização da Justiça, ou seja, ele foi criado para que fosse possível realizar a justiça, entretanto, nem sempre é capaz de alcançar esse objetivo, “quer por não ter acompanhado as transformações sociais, quer pela incapacidade daqueles que o

conceberam, e quer, ainda, por falta de disposição política para implementá-lo, tornando-se por isso um direito injusto” (CAVALIERI FILHO, 2002, p. 01).

Para Cavalieri (2002) o Direito é uma invenção humana, fenômeno histórico e cultural, instrumento concebido como técnica para pacificação social e a realização da justiça. Enquanto a justiça engloba valores inerentes ao ser humano tais como a liberdade, igualdade, fraternidade, dignidade, equidade, honestidade.

Cavalieri complementa explanando que a criação do Direito, ao contrário do que costumeiramente se pensa e se ensina, não é atividade exclusiva do legislador, mas também dos operadores do Direito em geral, o magistrado, o advogado, o doutrinador. Assim, o papel do legislador é apenas criar a lei, porém, o direito vai muito além da lei (CAVALIERI FILHO, 2002).

Ressalta, também, que a justiça nem sempre estará na lei, bem como que não adianta se ter uma boa lei se não se tem bons operadores do direito, porque “o mau operador do direito transforma uma lei boa em má, ao passo que o bom operador é capaz de dar boa aplicação até a uma lei ruim” (CAVALIERI FILHO, 2002, p. 02). Nisso consiste uma das maiores responsabilidades e funções de juízes e advogados, interpretar a lei adequando-a ao caso concreto e à justiça.

Nesse sentido, Rosah Russomano (*apud* CAVALIERI FILHO, 2002, p. 02), diz que: “a norma jurídica tornar-se-á boa ou má, produtiva ou prejudicial, elogiável ou iníqua, não tanto pelo seu conteúdo específico, porém antes e acima de tudo pela própria interpretação que o magistrado lhe imprimir”.

Para Cavalieri (2002) cabe aos operadores do direito não somente propor as mudanças nessa ciência, mas também instrumentalizá-las, pois o legislador não é capaz de acompanhar às constantes transformações da sociedade e, até mesmo, as melhores legislações necessitarão do operador do direito para adequá-las à justiça e à necessidade social.

Paulo Nader (2014), nesse mesmo sentido, considera que a efetividade do Direito depende, de um lado, do formulador das leis e, de outro lado, da maneira como o aplicador das normas irá interpretá-la, estabelecendo, assim, um sistema harmônico para que se tenha uma boa aplicação do sistema jurídico.

Para ilustrar esse ponto Cavalieri (2002) cita uma jurisprudência em que se buscou, diante de uma omissão legislativa, aplicar ao caso concreto a melhor solução, a mais justa possível. Trata-se de um cidadão que comprou uma máquina filmadora

da marca Panasonic em Miami, nos Estados Unidos, e, chegando ao Brasil, o produto apresentou defeito, fazendo com que o consumidor procurasse o representante da marca neste país. Este, por sua vez, se recusou a fazer o conserto porque não havia vendido a máquina nem mesmo havia feito a importação.

O caso em comento não se enquadra nas hipóteses dispostas no Código de Defesa do Consumidor, no qual prevê apenas que em casos de produtos estrangeiros só responsabiliza o importador. Desse modo, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o caso entendeu que a defesa do consumidor restaria prejudicada em detrimento da economia globalizada, decidindo, então, pela responsabilização da Panasonic do Brasil:

DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA ("PANASONIC"). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES DA ESPÉCIE. SITUAÇÕES A PONDERAR NOS CASOS CONCRETOS. NULIDADE DO ACÓRDÃO ESTADUAL REJEITADA, PORQUE SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO NO MÉRITO, POR MAIORIA. I - Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País. II - O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje "bombardeado" diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III - Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos. IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes. V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos. (REsp 63.981/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 20/11/2000, p. 296)

Outra importante interpretação contrária à lei, com objetivo de acompanhar os avanços sociais, foi o reconhecimento da união estável de casal homoafetivo. Apesar da Constituição Federal, artigo 226, § 3º, e do Código Civil, artigo 1.723, disporem expressamente sobre união estável entre homem e mulher, o Supremo Tribunal

Federal, ao julgar a ADI 4.277 e a ADPF 132, entendeu que é possível dar amparo legal, igualando-se os direitos, às uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Referido julgamento levou em consideração que deveria prevalecer a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo (disposição do artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal), determinando que fosse excluído qualquer significado do artigo 1.723, do Código Civil que impeça o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

1.3.1. Lei de introdução às normas do direito brasileiro

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), promulgada pelo Decreto-Lei nº 4.657/1942, visa regulamentar sobre outras normas (são normas regulamentando sobre outras normas) e é composta por apenas 30 artigos.

Vale pontuar que a aplicação da LINDB não se restringe somente ao Direito Civil e trata-se de uma norma atemporal, uma vez que serviu para introduzir diversos códigos e leis.

A LINDB dispõe sobre a vigência das normas no tempo, estabelecendo prazos para que uma norma jurídica tenha seus efeitos; o conflito de normas no espaço, indicando qual norma a ser seguida quando se trata de relações jurídicas estabelecidas com pessoas estrangeiras ou realizadas fora do território nacional; critérios de interpretação das normas; critérios de integração, nos casos em que não há norma jurídica, autorizando-se que o juiz utilize a analogia, o costume e os princípios gerais de Direito, na hipótese de lacunas na lei (omissão) (COLOMBO, 2012).

Dois artigos dessa norma merecem destaques: os artigos 4º (integração) e 5º (interpretação).

Prevê o artigo 4º, da LINDB que em casos de lacunas jurídicas (quando o julgador não encontrar normas que se apliquem ao caso) os juízes podem recorrer à outras fontes do direito para decidir o caso concreto. Assim, as lacunas devem ser preenchidas com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, que serão melhor explicados posteriormente.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 472533/MS, aplicou os princípios gerais de direito, especificamente o princípio do não enriquecimento sem causa, vejamos:

CONTRATO DE INCORPORAÇÃO. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL DO ADQUIRENTE PELO CONDOMÍNIO. SALDO DEVEDOR. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO AO CONDÔMINO INADIMPLENTE DAS PARCELAS EFETIVAMENTE PAGAS. INCIDÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 4.591/64. 1. 'Afronta os princípios gerais de direito e a justiça contratual almejada pelo Código de Defesa do Consumidor a não restituição, ao condômino inadimplente, das parcelas efetivamente saldadas para a construção de empreendimento mediante contrato de incorporação'. 2. Cabível a restituição das parcelas adimplidas devidamente corrigidas, autorizada a retenção, pelo condomínio, de 15% do valor referente à comissão e multa remuneratória, a que se refere o § 4º do artigo 63 da Lei 4.951/64. 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 472.533/MS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 12/08/2003, DJ 25/08/2003, p. 318) (sem grifos no original)

O artigo 5º, da LINDB dispõe que ao aplicar a lei o juiz deve atender aos fins sociais e as exigências do bem comum, estabelecendo, assim, critérios de interpretação das leis.

Zeno Veloso em comentários a esse artigo explica que:

O art. 5º da LICC indica um caminho, um rumo para o juiz: ele deve atender os fins sociais a que a lei se dirige, às exigências do bem comum. A interpretação, portanto, deve ser axiológica, progressista, na busca daqueles valores para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa, adaptando-se às contingências e mutações sociais. (*apud* COLOMBO, 2012, p. 10)

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 251.024/SP, aplicou o artigo 5º, da LINDB:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART.51-IV. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado. 'II – Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum'. III – Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial. (REsp 251.024/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/09/2000, DJ 04/02/2002, p. 270) (sem grifos no original)

Paulo Nader, também em comentários ao artigo 5º, da LINDB, considera que através dele o sistema jurídico brasileiro “rompeu com a exegese tradicional, que impedia o intérprete de conciliar os textos com as exigências dos casos concretos” (2014, p. 251). Complementa dizendo que aos intérpretes do Direito não cabe mais assumir atitude passiva entre o Direito e os fatos, passando a ser um agente eficaz “no progresso das instituições jurídicas e na aplicação dos princípios da moderna democracia social, que é a finalidade última a que tende o nosso Direito, sob a filosofia dos fins sociais e bem comum” (NADER, 2014, p. 251).

Conforme exposto, vê-se que o artigo 4º trata da integração das normas e o artigo 5º trata de critérios interpretativos das normas. Nesse sentido, vale ressaltar a diferença entre normas integrativas e normas interpretativas: “As normas interpretativas estabelecem os critérios a seguir na pesquisa do sentido da norma ou fixa-lhe previamente o sentido. Normas integrativas são as que compõem com outras normas, preenchendo lacunas” (AMARAL *apud* COLOMBO, 2012, p. 10).

Ou seja, nas situações de aplicação das normas interpretativas há lei para o caso concreto, devendo o juiz se ater à maneira como irá interpretá-la, por outro lado, nos casos em que se aplica as normas integrativas tem-se uma situação de omissão legislativa (lacuna normativa).

1.3.1.1. Fontes do direito

A regulamentação jurídica não consegue dispor sobre todas as demandas sociais devido à diversidade e volatilidade dos acontecimentos na sociedade, por isso, se faz necessário a utilização de outras fontes do Direito que consigam proporcionar a solução mais adequada a cada caso concreto.

Não é unânime na doutrina jurídica a classificação e o estudo das fontes do Direito (NADER, 2014). Nesse sentido, adotando a divisão de Paulo Nader (2014), tem-se a distinção de três espécies de fontes do Direito: históricas, materiais e formais.

Nas palavras do autor, a fonte histórica indica a “gênese das modernas instituições jurídicas: a época, local, as razões que determinaram a sua formação” (NADER, 2014, p. 149). Ou seja, as fontes históricas referem-se a todos os elementos que contribuíram ao longo do tempo para a atual formação do direito positivo, assim,

estudá-las significa compreender melhor os quadros normativos atuais (NADER, 2014).

Mencionada fonte também é extremamente importante no setor da interpretação do Direito, uma vez que é fundamental entender a finalidade, a essência e os valores capitais de um instituto jurídico (NADER, 2014).

Por fontes materiais entende-se os fatores que criam o direito, que dão origem aos dispositivos válidos para o ordenamento (BARBOSA, 2008).

Para Paulo Nader o Direito é uma criação que se dá no “querer social”, é a sociedade que confere ao legislador “os elementos necessários à formação dos estatutos jurídicos” (2014, p. 150), não sendo, assim, “um produto arbitrário da vontade do legislador” (2014, p. 150). O autor traz exemplos do que formam as fontes materiais: “fatos sociais, pelos problemas que emergem na sociedade e que são condicionados pelos chamados fatores do Direito, como a Moral, a Economia, a Geografia, entre outros” (NADER, 2014, p. 150).

Hübner Gallo (*apud* NADER, 2014, p. 150) divide as fontes materiais em diretas e indiretas: estas são identificadas com os fatores jurídicos; aquelas “são representadas pelos órgãos elaboradores do Direito Positivo, como a sociedade, que cria o Direito consuetudinário, o Poder Legislativo, que elabora as leis, e o Judiciário, que produz a jurisprudência”.

As fontes formais confere forma, são os modos de manifestação, (DINIZ, 2017), ou, ainda, “são os meios de expressão do Direito, as formas pelas quais as normas jurídicas se exteriorizam, tornam-se conhecidas” (NADER, 2014, p. 150). García Máñez (*apud* DINIZ, 2017) diz que as fontes formais são os canais por onde se manifestam as fontes materiais.

Na divisão de Maria Helena Diniz (2017) as fontes formais podem ser estatais e não estatais. As estatais subdividem-se em legislativas (leis, decretos, regulamentos, etc.) e jurisprudenciais (sentenças, precedentes judiciais, súmulas etc.).

As não estatais, de outro modo, abarcam o direito consuetudinário (costume jurídico), o direito científico (doutrina) e as convenções em geral ou negócios jurídicos.

Importante tecer breves comentários sobre determinadas fontes, com o objetivo de analisar e demonstrar a coexistências dessa diversidade em um mesmo espaço social.

Iniciando pela lei, que é o ato do Poder Legislativo e que estabelece normas de acordo com os interesses sociais, ou pelo menos deveria ser assim. É a forma como o Direito Positivado é produzido e materializado (NADER, 2014).

Entender a lei em seu sentido amplo significa abranger todos os atos normativos contidos no processo legislativo (artigo 59, I a VII, da Constituição Federal): lei constitucional; lei complementar; lei ordinária; lei delegada; medidas provisórias; decreto legislativo; resoluções (DINIZ, 2017).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior diferencia lei e norma, onde esta é uma “prescrição” (2003), enquanto a lei é “a forma de que se reveste a norma” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 233). Assim, a lei é a fonte do direito, ou seja, o revestimento estrutural da norma (FERRAZ JUNIOR, 2003). Para Paulo Nader a lei é uma das formas de expressão das normas, “que se manifestam também pelo Direito costumeiro e, em alguns países, pela jurisprudência” (NADER, 2014, p. 101).

Jurisprudência é o conjunto das decisões dos tribunais a respeito do mesmo assunto, que não vincula o juiz, mesmo que prevaleça, deve o juiz analisar cada caso concreto aplicando o direito da forma mais adequada.

Nesse sentido, Paulo Nader:

A interpretação do Direito há de ser um procedimento intelectual do próprio julgador. Ao decidir, o juiz deve aplicar a norma de acordo com a sua convicção, com base na mens legis e recorrendo às várias fontes de estudo, nas quais se incluem a doutrina e a própria jurisprudência. (NADER, 2014, p. 177)

O mesmo autor ensina que a jurisprudência não se forma apenas quando há lacunas na lei ou quando esta apresenta defeitos, mas pode ser formada como interpretadora de normas jurídicas preexistentes (NADER, 2014).

Maria Helena Diniz (2017) considera que a jurisprudência constitui como uma fonte porque influi na produção de normas jurídicas individuais, bem como porque participa no fenômeno de produção do direito normativo, desempenhando relevante papel ao ordenamento jurídico, mesmo que seja maleável.

Nader traça um paralelo entre a jurisprudência e o costume, porque na doutrina, alguns autores, afirmam a igualdade de ambos. Contudo, Korkounov (*apud* NADER, 2014), diferentemente, situou a jurisprudência entre a lei e o costume. Assim, “seria análoga à lei por sua formação reflexiva e semelhante ao costume por necessitar de uma pluralidade de atos” (LOPES *apud* NADER, 2014, p. 174).

O ponto de semelhança entre as duas fontes se dá porque a formação de ambos exige a pluralidade de prática, ou seja, o costume precisa da repetição de um ato pela sociedade e a jurisprudência necessita de uma série de decisões judiciais a respeito de uma determinada temática de Direito (NADER, 2014).

Por outro lado, distinguem-se nos seguintes pontos:

a) enquanto a norma costumeira é obra de uma coletividade de indivíduos que integram a sociedade, a jurisprudência é produto de um setor da organização social; b) norma costumeira é criada no relacionamento comum dos indivíduos, no exercício natural de direitos e cumprimento de deveres; a jurisprudência forma-se, geralmente, diante de conflitos e é produto dos tribunais; c) a norma costumeira é criação espontânea, enquanto a jurisprudência é elaboração intelectual, reflexiva. (AFTALION; OLANO; VILANOVA *apud* NADER, 2014, p. 174)

A doutrina forma-se de estudos e teorias, desenvolvidos pelos juristas (professores, pareceres dos jurisconsultos e pelas opiniões dos tratadistas), com o objetivo de interpretar, sistematizar as normas vigentes, elaborar conceitos jurídicos e orientar a atividade do aplicador do Direito (DINIZ, 2017).

O acervo de conhecimentos formado pela doutrina é resultado da experiência pessoal dos juristas e é encontrada nos tratados, monografias, sentenças prolatadas (NADER, 2014). Essa fonte exerce influência direta nas decisões judiciais, uma vez que proporciona a fundamentação dos julgadores, sendo capaz de modificar a orientação de juízes e tribunais (DINIZ, 2017).

Há divergências quanto ao caráter de fonte da doutrina. Paulo Nader (2014), por exemplo, considera que a doutrina não é fonte formal, já que não possui estrutura de poder, o que seria indispensável à caracterização das formas de expressão do Direito. Nessa mesma linha de defesa, Paulo de Barros Carvalho (*apud* DINIZ, 2017), que entende que um discurso descritivo não altera a natureza prescritiva do direito, apenas auxiliando-o em sua compreensão sem, contudo, modificá-lo.

Entres os poucos juristas que reconhecem o caráter de fonte da doutrina, tem-se René David, que considera que a doutrina não chega a ser fonte formal do Direito, apenas mediata e, também, os adeptos da Escola Histórica do Direito, como por exemplo Savigny (NADER, 2014).

Há os que consideram a doutrina como uma fonte indireta, sob a argumentação de que essa fonte não pode ser obrigatória aos órgãos de aplicação da lei e nem ao legislador, haja vista não ser fruto de produção de quem detém o poder normativo (DINIZ, 2017).

Maria Helena Diniz (2017) considera que o costume é uma fonte de cognição subsidiária ou supletiva e de extrema importância. Nesse mesmo sentido, Paulo Nader (2014) considera que o costume figura como fonte complementar, com função apenas supletiva da lei.

O costume consiste em uma norma que deriva da prática reiterada de determinada conduta pela comunidade, é uma forma de expressão jurídica. Vale ressaltar que essa fonte não gera o direito, é apenas um modo pelo qual ele se expressa (DINIZ, 2017).

Para caracterizar essa fonte, a doutrina exige a concorrência de dois elementos, o elemento objetivo e o elemento subjetivo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019). Este consiste no consenso, na convicção da obrigatoriedade da prática como necessidade social. Aquele corresponde ao uso continuado da prática de uma determinada forma de conduta.

O caráter de fonte subsidiária, que procura complementar a lei e preencher a lacuna, advém, conforme citado, da determinação do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Assim, o recurso ao costume só tem cabimento quando se esgotarem as possibilidades legais (DINIZ, 2017).

Usar a analogia significa aplicar ao caso em concreto uma solução apresentada pelo legislador para uma outra hipótese fundamentalmente semelhante à não prevista (NADER, 2014). Deve-se analisar um caso que possua mais semelhanças do que divergências.

Paulo Nader (2014) explica que a aplicação da analogia legal decorre necessariamente da existência de lacunas da lei. Desse modo, deve ser empregada apenas nos casos em que o ordenamento jurídico não oferece uma regra específica

para determinada matéria de fato e essa ausência de regramento, normalmente, surge devido ao descompasso entre avanço social e a criação de novas regras disciplinadoras (NADER, 2014).

Assim como o costume, Stolze e Pamplona (2019) consideram que a analogia, embora também mencionada no artigo 4º da LINDB, não se trata propriamente de uma fonte do direito, mas sim de um meio supletivo em casos de lacunas da lei. Nesse contexto, por meio da aplicação da analogia, em situações omissão legal, o juiz deverá aplicar ao caso concreto a norma jurídica prevista para situações semelhantes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Paulo Nader (2014) também não considera que a analogia seja uma fonte formal, pois não cria normas jurídicas, seu papel é investigativo, é conduzir o intérprete ao seu encontro.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona explicitam que a analogia pode se manifestar de duas formas: “analogia *legis*: quando, inexistente a lei, aplica-se outra norma legal ao caso sub *judice*; analogia *juris* – quando, inexistente a lei, aplica-se o princípio geral do direito ao caso sob apreciação” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 92).

Os princípios, também mencionados no artigo 4º da LINDB, não detêm de uma correspondência positivada equivalente e são diretrizes que buscam fundamentar todo o sistema jurídico (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019). Ou seja, são ideias que sustentam e dão base ao ordenamento jurídico, sem, contudo, terem a necessidade de estarem escritos para terem validade.

Paulo Nader (2014) pontua que para o Direito os princípios são importantes em duas fases principais, qual seja: na elaboração das leis e na aplicação do Direito em si, quando utilizados para preencher as lacunas da lei. Os princípios “guiam, fundamentam e limitam as normas positivas já sancionadas” (BECU; MOUCHET, *apud* NADER, 2014, p. 195).

Na concepção aristotélica equidade significa justiça do caso concreto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019). Seu papel é adaptar a norma jurídica às condições do caso concreto, “é a justiça do caso particular. Não é caridade, nem misericórdia, como afirmavam os romanos” (NADER, 2014, p. 125).

Equidade sendo a possibilidade de se adaptar uma norma jurídica, que é genérica e abstrata, às condições do caso concreto impede, muitas vezes, que se cometam injustiças. Se não fosse essa característica da equidade a aplicação rígida e automática da lei poderia transformar o Direito em um instrumento de injustiça (NADER, 2014). Nessa mesma direção, Stolze e Pamplona afirmam que o julgador deixa de ser juiz, um mero aplicador das regras rígidas, para ser árbitro, “vinculado somente à sua consciência e percepção da justiça, naquele caso concreto, segundo sua própria racionalização do problema” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 94).

Icílio Vanni (*apud* NADER, 2014, p. 125) precisou que a equidade “não é mais do que um modo particular de aplicar a norma jurídica aos casos concretos; um critério de aplicação, pelo qual se leva em conta o que há de particular em cada relação”.

No ordenamento jurídico brasileiro a equidade está prevista no artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas, que determina a sua aplicação “na falta de disposições legais ou contratuais”; no artigo 127, do Código de Processo Civil, que dispõe: “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”; o artigo 944, parágrafo único, do Código Civil autoriza o juiz a reduzir equitativamente a indenização na hipótese de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, bem como, no artigo 953, parágrafo único, o autoriza a fixar o valor da indenização, equitativamente, quando a vítima não puder comprovar prejuízo material (NADER, 2014, p. 126).

Nesses casos “é facultado expressamente ao julgador valer-se de seus próprios critérios de justiça não adstrito às regras ou métodos de interpretação preestabelecidos” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 94).

Assim, a equidade pode ser utilizada, em casos de contradição entre norma e realidade ou de omissão, com o objetivo de encontrar o equilíbrio entre norma, o fato e o valor. “Não se trata, entretanto, de (re)inventar o direito, mas sim de adequar a norma – a letra fria da lei – à realidade regulada, de acordo com os valores da sociedade e as regras e métodos de interpretação” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 96).

Nesse diapasão, ressalta-se novamente que, diante da insuficiência legal, é necessário que se mantenha atento às fontes subsidiárias do Direito para que se encontre a melhor solução às demandas jurídicas.

1.3.1.2. Como o juiz deve decidir e a literalidade da lei em suas decisões

Paulo Nader (2014) defende que atualmente a meta do Direito, antes representando apenas um instrumento de disciplinamento social, garantindo a segurança do homem, consiste em algo mais amplo, além de garantir o homem, em “promover o bem comum, que implica justiça, segurança, bem-estar e progresso” (NADER, 2014, p. 57).

Nesse sentido, percebe-se que a função e o objetivo da ciência jurídica mudam com o tempo, com as transformações sociais e, a fim de acompanhar essas mudanças, o magistrado também deve promover uma alteração na sua forma de pensar e de fundamentar suas decisões aproximando-as cada vez mais dos casos concretos.

Cada sentença deve ser singular, mesmo que em diversos casos se aplique a mesma lei, cada caso tem suas particularidades, necessitando de uma decisão que atenda às suas necessidades e evitando a aplicação mecanizada da lei.

Carlos Alberto Menezes Direito (2000, p. 28) assevera que é necessário que o juiz nunca se esqueça que a sua função é de realizar a justiça, não a de, “pura e simplesmente, encontrar uma regra jurídica aplicável ao caso sob julgamento. O direito positivo é, apenas, um meio para que ele preste a jurisdição”.

Plauto Faraco de Azevedo (2001), na mesma linha, também ressalta que se um magistrado não busca “encarnar” a justiça, ele exercerá funções de juiz, mas não será juiz. Continua asseverando que o que importa ao jurista, principalmente a figura do juiz, é poder ser, como “dizia Aristóteles, a justiça viva” (*apud AZEVEDO*, 2001, p. 170).

O juiz, para Carlos Alberto Menezes Direito (2000), é um agente do Estado que concretiza o trabalho do legislador. Assim, a lei só estaria concretizada quando estivesse interpretada e sendo aplicada ao caso concreto.

Logo, o trabalho do juiz consiste, além de outros aspectos, na interpretação, contudo essa interpretação não se resume apenas à lei, mas, também, interpreta a realidade fática e as práticas sociais (DIREITO, 2000).

Inocência Mártires Coelho (*apud* DIREITO, 2000, p. 37), considerando a importância da função interpretativa do magistrado, assinalou que “é precisamente no ato e no momento da interpretação-aplicação que o juiz desempenha o papel de agente redutor da distância entre a generalidade da norma e a singularidade do caso concreto”.

Assim, conclui-se que trabalho do juiz não é tão simples quanto parece, estando atrelado ao risco de “transformar-se a atividade judicante em uma rotina de produzir sentenças” (DIREITO, 2000, p. 38). Esse cenário perigoso se dá uma vez que, considerando o volume de demandas judiciais, em muitas ocasiões o magistrado não encontra tempo para refletir acerca da realidade que está em julgamento (DIREITO, 2000).

Assim, o juiz deve considerar:

[...] o ato de julgar como um trabalho que exige não apenas o seu conhecimento, mas, também, disciplina. A disciplina é para subordinar-se ao comando da lei, sem perder a capacidade de construir para fazer justiça ao caso que está sob a sua responsabilidade; disciplina para não transformar o seu julgamento no desaguadouro das suas insatisfações e crenças pessoais; disciplina para meditar sobre o processo. (DIREITO, 2000, p. 38)

Ressalta-se que o fundamento de um julgado é que confere força ao dispositivo, nesse sentido, “juiz que julga sem convencer, sem expor as razões de seu convencimento, ademais de violar o direito positivo, malfere a essência da função judicante” (DIREITO, 2000, p. 41).

Atualmente o magistrado tem um vasto campo do “agir interpretativo” (DIREITO, 2000). Desse modo, deve ser lembrado que a lei é apenas um ponto de referência para o juiz, que deve extrair a melhor interpretação, ajustando-a ao caso concreto, preocupando em “distribuir a justiça” (DIREITO, 2000).

Luis Recaséns Siches (*apud* DIREITO, 2000) considerava etapas a serem percorridas pelo julgador, considerando a função criadora do juiz que vai além da aplicação da lei:

[...] filtra os fatos, avalia a prova, confronta com a lei, faz aportes de circunstâncias extraleais, pondera as consequências de sua decisão e, depois de passar e repassar por esse complexo de fatores, chega finalmente

à sua conclusão por intuição intelectual, momento em que a questão se esclarece e é fixada uma posição. O juiz não só aplica a lei, pois nenhuma é completa, só a sentença o é. Julgando, o Juiz tem função criadora, vez que reconstrói o fato, pondera as circunstâncias às quais atribui relevo, escolhe a norma a aplicar e lhe estabelece a extensão. Nesse trabalho, necessariamente faz valorações, que não são as suas pessoais, mas as do ordenamento jurídico. Sendo um criador, o Juiz, no entanto, está submetido à ordem jurídica, recomendando-se-lhe a renúncia no caso de desconformidade irreconciliável entre a sua consciência e a lei". (SICHES *apud* DIREITO, 2000, p. 31)

Levando-se em consideração os diversos meios alternativos para compor litígios não se deve admitir juízes que sejam simples fabricantes de sentenças, ou seja, a aplicação "nua e crua" (BARBOSA, 2008, p. 41) da lei não se mostra mais suficiente para solucionar os conflitos. Em conclusão o autor considera que o verdadeiro magistrado é "o que tem a plena ciência de seu papel social, de mediador de conflitos à equidade na distribuição da paz entre os homens" (BARBOSA, 2008, p. 41).

Ademais, Luís Adriano Soares Barbosa, considera que o juiz do século XXI deverá ser sensível e que "demonstre seu lado mais humano tendo como principal objetivo o homem e não as coisas materiais, fazendo da realização do justo a sua principal busca" (BARBOSA, 2008, p. 41). E para exercer sua função com consciência e amplitude social, é necessário que o magistrado conheça a sociedade na qual está inserido (BARBOSA, 2008).

Dessa forma, considera que:

o destino do juiz no milênio próximo é libertar-se dos contornos de um agente estatal escravizado à letra da lei, para imbuir-se da consciência de seu papel social. Um solucionador de conflitos, um harmonizador da sociedade, um pacificador. A trabalhar com categorias abertas, mais próximo à equidade do que à legalidade, mais sensível ao sofrimento das partes, apto a ouvi-las e a encaminhar o drama para uma resposta consensual. Enfim, um agente desperto para o valor solidariedade, a utilizar-se do processo como instrumento de realização da dignidade humana e não como rito perpetuador de injustiças (NALINI *apud* BARBOSA, 2008, p. 41).

Paulo Nader também considera que a forma como o juiz deve julgar é através da interpretação. Ele define o trabalho de interpretação do direito como sendo uma atividade que tem por objetivo levar:

ao espírito o conhecimento pleno das expressões normativas, a fim de aplicá-las às relações sociais. Interpretar o Direito é revelar o sentido e o alcance de suas expressões. Fixar o sentido de uma norma jurídica é descobrir a sua

finalidade; é pôr a descoberto os valores consagrados pelo legislador, aquilo que teve por mira proteger. Fixar o alcance é demarcar o campo de incidência da norma jurídica; é conhecer sobre que fatos sociais e em que circunstâncias a norma jurídica tem aplicação. (NADER, 2014, p. 246).

Assevera o autor que a interpretação do direito exige criatividade, sendo assim, o papel do intérprete não é revelar algo que já existia, muito menos se vincular à vontade do legislador. É necessário adaptar as “velhas fórmulas aos tempos modernos” (NADER, 2014, p. 246).

Filipe Torres de Oliveira (2012) defende que a decisão deve ser construída a partir das diversas fontes do direito, ou seja, será uma decisão embasada, de certa forma, no subjetivismo, por isso deve-se usar a ponderação. Esta é realizada pelo juiz, observando-se alguns princípios inerentes ao ser humano, como por exemplo, a liberdade e a igualdade. Ou seja, “nos casos em que o juiz se depare com normas duvidosas ou de difícil compreensão, a possível incongruência será definitivamente sanada com a observância de preceitos subjetivos por parte do magistrado” (OLIVEIRA, 2012, p. 80).

Lourival Serejo, em comentários ao Código de Ética da Magistratura Nacional, ponderou que a prudência é a “virtude a que o juiz precisa recorrer com mais frequência” (2011, p. 80). Sendo a precipitação uma inimiga da precaução que todo magistrado deve ter. Dispõe, ainda, que o juiz que pensa antes de decidir, que avalia as consequências dos seus atos, das suas decisões constitui um juiz prudente (SEREJO, 2011).

Plauto Faraco de Azevedo (1994) também defende a aplicação de uma interpretação crítica do direito. Defende que é necessário estudar o direito e sua aplicação a partir das questões sociais concretas a que se refere, é confrontar a realidade social com o ordenamento jurídico.

Defende, ainda, que as decisões devem ser construídas de maneira que faça sentido ao cidadão, buscando-se atingir a justiça social, que nem sempre poderá ser alcançada com a aplicação apenas do direito posto nas leis (AZEVEDO, 1994).

O juiz federal David Diniz Dantas (*apud* CHIMANOVITCH; PASTOR, 2004) propõe a aplicação do “construtivismo ético”, que consiste, basicamente, na ideia de que a lei é o ponto de partida, logo, significa dizer que uma decisão não vem pronta

com o texto da lei, ela deve ser construída pelo juiz. Para isso, o magistrado deve levar em consideração as condições e particularidades sociais que está envolvido em cada caso. O juiz complementa alertando que “é preciso tornar a Justiça mais humana” (*apud* SCHULER, 2014, p. 233).

O juiz federal afirma (DANTAS *apud* MAY, 2004), também, a necessidade da decisão judicial ser compreendida pelos cidadãos (por quem de fato enfrentará suas consequências), bem como a necessidade de haver nelas uma postura ética, guiada por valores que levem a uma justiça democrática que aproxime os juízes da sociedade.

Cumprido destacar que o magistrado não pode estar distante do meio social a que está inserido, devendo ter sempre um lado humano e sensível, que o faz ser muito além de um mero replicador das normas estatais, se assim o for, corre grande risco de ser um péssimo aplicador do direito e, conseqüentemente, poderá tomar decisões que não proporcionem justiça.

Nesse sentido, Scheilla Regina Brevidegli diferencia o juiz-técnico do juiz-sensível, concluindo que os juízes devem atuar com sensibilidade:

a sensibilidade é a resposta e a melhor arma do Juiz comprometido com o desempenho de um papel ativo na busca da transformação social, papel este que o transformaria no mero operador em verdadeiro agente jurídico. É preciso perceber que o Juiz-técnico torna-se um reproduzidor de iniquidade, ao passo que o Juiz-sensível é um agente de transformação (...). Afinal, todo o ordenamento jurídico comporta janelas que permitem e requerem um trabalho criativo e sensível ao apelo das necessidades e valores sociais. O olhar do Juiz deve ser o olhar da Sociedade. (BREVIDELLI *apud* MAY, 2004, p. 132-133)

De outro lado, Brigitte Remor de Souza May (2004, p. 135) considera que “a lei não é insensível à vida”. Logo, cabe ao juiz o dever de adequar o formalismo da lei à análise do caso concreto. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco (*apud* MAY, 2004, p.135-136) adverte a necessidade da sensibilidade pelo magistrado:

[...] além disso, esses preceitos abstratos e genéricos são construídos com vistas as situações normais previstas e a partir de hipóteses de fato absolutamente claras a quem estabelece; e a realidade da via que chega ao Juiz, no drama de cada Processo, é muito mais complexa e intrincada, solicitando dele uma sensibilidade muito grande para a identificação dos fatos e enquadramento nas categorias jurídicas, para a descoberta da própria

verdade e sobretudo para determinação ao preciso e atual significado das palavras contidas na lei.

No mesmo diapasão, Wolkmer (*apud* MAY, 2004, p. 136):

O Juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face de litígios reais, mas buscando solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos de direito, o magistrado aparece como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função autônoma e irredutível em relação às outras esferas de competência do Estado.

Para Sérgio Cavalieri Filho (2002, p. 59) os grandes e verdadeiros juristas são aqueles que,

[...] tendo sensibilidade para perceberem os anseios da justiça, empenham-se em ajustar o Direito a essas exigências antes mesmo do legislador, idealizando novas fórmulas jurídicas. Buscam a realização da Justiça quando ainda não é ela encontrada na lei. São os verdadeiros artífices do Direito.

Para o professor Antônio Junqueira de Azevedo a lei seria apenas “uma parte do direito, um singelo esqueleto”, (*apud* CAVALIERI FILHO, 2002, p. 65), sendo que a “vida a este esqueleto vai ser dada pela doutrina, pela jurisprudência e, principalmente, pelo próprio espírito do povo, fonte última da própria lei, da doutrina e da jurisprudência” (*apud* CAVALIERI FILHO, 2002, p. 65). Complementa Antônio Herman Benjamin, asseverando que:

O intérprete não pode sentir a lei sem que, ao mesmo tempo, sinta o mundo que a cerca. Por conseguinte, compete ao intérprete a árdua tarefa de proceder à inteligência da lei em sintonia com as exigências atuais do espírito do povo, mesmo que ao fazê-lo tenha que abandonar princípios e conceitos arraigados (BENJAMIN *apud* CAVALIERI FILHO, 2002, p. 65)

Diante desse cenário, conclui-se que a criação de um direito justo, que proporcione transformação à sociedade, não é um trabalho apenas do legislador, mas também, e principalmente, “de todos os operadores do direito, de sorte que se ainda não temos uma sociedade justa é porque temos falhado nessa sagrada missão de bem interpretar e aplicar o direito” (CAVALIERI FILHO, 2002, p. 65).

2 DIREITO ACHADO NA RUA

O Direito Achado na Rua, expressão criada por Roberto Lyra Filho, é uma concepção teórica que apresenta uma ideia de direito muito além de normas e sanções e objetiva pensar o direito originado da ação dos movimentos sociais, buscando romper paradigmas para, cada vez mais, colocar a justiça a serviço do povo.

É uma teoria que se relaciona a outros movimentos jurídicos, como o Pluralismo Jurídico, o Direito Alternativo e o Direito Insurgente. Contudo, não se confunde com eles.

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A origem do Direito Achado na Rua, uma concepção teórica, com raízes na sociologia e filosofia jurídica em perspectiva dialética, formulada a partir das ideias do jurista brasileiro Roberto Lyra Filho, remonta à proposta da chamada Nova Escola Jurídica Brasileira - apelada de NAIR, em homenagem a uma de suas fundadoras, a professora Nair Bicalho, como afirmara Lyra Filho em texto datado de 1982 (ESCRIVÃO FILHO *apud* SANTOS, 2020).

Essa teoria foi institucionalizada por José Geraldo de Sousa Júnior, fundador do grupo 'O Direito Achado na Rua', com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) (OLIVEIRA, 2015).

O projeto ideológico nasce em meados do ano de 1986 no seio da Universidade de Brasília (UnB) e desde então vem desenvolvendo as bases conceituais de um programa de ensino, pesquisa e extensão. A princípio, o Direito Achado na Rua foi concebido como um curso à distância arquitetado pelo Núcleo de Estudo para a Paz e Direitos Humanos (NEP) e pelo Centro de Educação à distância (CEAD), ambos pertencentes à UnB, tornando-se, posteriormente, um projeto de prática jurídica sob o viés, especialmente, de Assessoria Jurídica Popular Universitária. O projeto objetiva auxiliar grupos sociais vulneráveis, oferecendo assistência e orientação jurídica, contribuindo, assim, para cientificação desses

grupos como atores no cenário político e jurídico do país (TOLEDO, 2018).

Cumpramos ressaltar que Roberto Lyra Filho não redigiu a sua obra de referência, que, por sua vez, se materializou com o Professor José Geraldo de Sousa Júnior. No ano de 1987 José Geraldo formulou, programou e organizou o curso a distância “Introdução crítica ao direito: O Direito Achado na Rua”, que reuniu artigos de importantes nomes da filosofia e sociologia crítica do direito e ciências sociais (ESCRIVÃO FILHO, *apud* SANTOS, 2020).

Acerca das dimensões práticas do projeto, consolidada no início da década de 1990, Antônio Escrivão Filho, em entrevista concedida à Revista do Instituto Humanistas Unisinos (IHU) on-line (2020), relata que ante o sucesso do curso, o Professor José Geraldo recebeu propostas de parcerias de sindicatos, associações de juristas e movimentos sociais para organizar novas edições do chamado Direito Achado na Rua. Ainda sob o viés prático do projeto, ressalta-se que a teoria constituiu-se em curso de extensão e articulação de intelectuais e setores críticos do campo jurídico com setores organizados da sociedade, através de cursos de formação e projetos de extensão realizados a partir da Universidade de Brasília (ESCRIVÃO FILHO *apud* SANTOS, 2020).

Atualmente, a dimensão prática se materializa em publicações, a série ‘O Direito Achado na Rua’ já concretizou nove volumes, com o décimo prestes a ficar pronto. Aliado a dezenas de livros e outras publicações que desenvolvem os elementos de uma teoria brasileira da relação entre Direito e movimentos sociais, tem-se constituído o marco teórico-prático da contribuição e impacto do Direito Achado na Rua para o Direito brasileiro (ESCRIVÃO FILHO *apud* SANTOS, 2020).

2.2. CONCEITO DO DIREITO ACHADO NA RUA

O Direito Achado na Rua surgiu sob grande influência do humanismo dialético, teoria também de Roberto Lyra Filho. Ao desenvolver essas teorias o autor tinha como finalidade contrapor-se às ideias do juspositivismo, do monismo e da realidade conservadora do direito (LEMOS, 2012).

Sobre o humanismo dialético cabe ressaltar a análise de Antonio Carlos Wolkmer:

Assim surge para Lyra Filho a necessidade de um projeto alternativo, sendo a tarefa primordial criar uma ciência jurídica sem dogmas, analítica e crítica ao mesmo tempo, [...cuj]a base de toda dialetização eficaz há de ser uma ontologia dialética do Direito, sem eiva de idealismo intrínseco e sem compartimentos estanques, entre a síntese filosófica e a análise da dialética social das normas, em ordenamentos plurais e conflitivos, sob o impulso da práxis libertadora (WOLKMER *apud* LEMOS, 2012, p. 41).

Roberto Lyra Filho tenta abordar um direito mais crítico, mais palpável e próximo da realidade, ele propõe a contraposição às ideias hegemônicas da ciência jurídica, defendendo um direito que fosse fundamentado no cotidiano e na constante transformação da sociedade, buscando “devolver o fenômeno jurídico ao seio social do qual surge” (SOUSA JUNIOR *apud* OLIVEIRA, 2015, p. 564).

O Direito Achado na Rua é um movimento ideológico que rompe com a estrutura normativista-burocrática e positivada e se volta à população, fundindo o conceito de direito à ideia de um processo dialético de transformação social e possibilitando o acesso à justiça para todos (TOLEDO, 2018).

José Geraldo de Sousa Júnior, em sua tese de doutorado, explicita com mais clareza o significado dessa teoria:

O Direito Achado na Rua, expressão criada por Roberto Lyra Filho, designa uma linha de pesquisa e um curso organizado na Universidade de Brasília, para capacitar assessorias jurídicas de movimentos sociais e busca ser a expressão do processo que reconhece na atuação jurídica dos novos sujeitos coletivos e das experiências por eles desenvolvidas de criação de direito, a possibilidade de: 1) determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos ainda que contra legem; 2) definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de elaborar um projeto político de transformação social e elaborar a sua representação teórica como sujeito coletivo de direito; 3) enquadrar os dados derivados destas práticas sociais criadoras de direitos e estabelecer novas categorias jurídicas (2008, p.193).

Assim, em outras palavras, de acordo com José Geraldo de Sousa Júnior (2008) o Direito Achado na Rua tem o objetivo de caracterizar uma concepção de Direito que emerge, transformadora, dos espaços públicos, a rua, onde se dá a transformação de sociabilidades reinventadas que permitem abrir consciência de novos sujeitos para uma cultura de cidadania e de participação democrática. Seria, ainda, segundo o autor, uma forma de se pensar o direito na sua forma complexa, contestando a cultura legalista e dogmática.

Ainda, segundo José Geraldo de Sousa Júnior:

A rua aí, evidentemente, é uma metáfora do espaço público, do lugar do acontecimento, do protesto, da formação de novas sociabilidades e do estabelecimento de reconhecimentos recíprocos na ação autônoma da cidadania (autônomos: que se dão a si mesmos direitos). (2008, p.193)

Nesse sentido, conclui-se que a expressão ‘rua’ foi usada por Roberto Lyra Filho em sentido metafórico, caracterizando-se por ser o lugar de encontro popular, onde a multidão, ao reivindicar seus direitos, se transforma em povo (SOUSA JUNIOR *apud* CARLET, 2014).

O objetivo desse movimento é redesenhar a noção de Direito, concebendo-o como uma ciência social cíclica que constantemente está em transformação, tem como objetivo, também, fundir seu conceito aos de liberdade e emancipação, principalmente quando se fala em comunidades ‘periféricas’ (TOLEDO, 2018).

Em linhas contrárias, Lenio Streck defende que “não há mais como falar em direito achado na rua, direito alternativo ou pluralismo jurídico (*apud* WOLFART, 2009, p. 23). A Constituição é muito mais avançada que qualquer uma destas bandeiras”. Segundo ele, “hoje a luta é concretizar a Constituição e não buscar alternativas a ela” (*apud* WOLFART, 2009, p. 23).

Indagado sobre a crítica de Lenio Streck, Marcio Berclaz (2014), em sua obra digital, faz os seguintes apontamentos:

Será que, como também afirma Lenio Streck, antes de um ‘direito achado na rua’ ser crítico hoje é lutar apenas e tão-somente pela efetivação da Constituição como melhor ‘alternativa’? Seria, de fato, o direito alternativo simplesmente um ‘movimento’ e não propriamente uma expressão de teoria crítica do direito? Uma hermenêutica jurídica crítica, diz-se, faria o mesmo que o direito alternativo, será mesmo? Ainda no âmbito dessa problematização, importante saber qual o real lugar e a importância do pluralismo jurídico para a consolidação da ideia. Há de haverum direito fora e para além do Estado, axiologicamente válido e igualmente legítimo capaz de permitir a resistência como uma possibilidade, não?

Ainda, em contraposição às ideias de Lenio Streck, Berclaz (2014) em sua obra digital pontua:

[...] defender o uso alternativo do direito, mais do que mirar uma razão utópica atravessada de alguma factibilidade (Hinkelammert), também é, como ensina David Sánchez Rubio, abrir possibilidades de ação e não se conformar com o empiricamente dado. E isso não é pouca coisa.

Com isso, conclui-se que os dois pontos de vista sobre a teoria do Direito Achado na Rua têm seus fundamentos pautados em argumentos concisos e instigadores. De um lado busca-se demonstrar a importância dessa teoria assim como diversas outras teorias questionadoras do Direito, e, do outro lado, busca-se defender que a concretização da Constituição brasileira é suficiente para atender aos anseios populares, não necessitando do chamado direito alternativo para solucionar as demandas. E, é diante dessa controvérsia, que se faz imprescindível uma discussão contrapondo as diversas opiniões para cada vez mais se ter uma melhor aplicação e construção da ciência jurídica.

2.3. ABORDAGEM TEÓRICA E PRÁTICA: COMO O DIREITO ACHADO NA RUA INTERFERE E INFLUENCIA O DIREITO POSITIVO

O Direito Achado na Rua, assim como pôde ser visto na comunidade de “Pasárgada” (SANTOS *apud* LEMOS, 2012), constrói uma forma de se aplicar o direito paralelo que surge na comunidade às pessoas envolvidas naquele contexto geográfico, e isso acaba por proporcionar aos envolvidos um direito mais justo, que atenda as necessidades de cada caso de maneira mais satisfatória.

Ademais, vale destacar que uma das consequências da aplicação desse direito paralelo ao oficial é de extrema relevância para o sistema judiciário, uma vez que evita que algumas demandas cheguem para ser resolvidas por um juiz, já que a realidade brasileira é de um judiciário abarrotado de demandas e, conseqüentemente, moroso.

Há que se ressaltar que existe uma pluralidade de formas alternativas de aplicação do direito, que estão em pleno funcionamento e que desafogam a justiça. Uma delas são as Cortes de Conciliação e Arbitragem, que foram criadas com o intuito de promover que um terceiro, juntamente com as partes, construam um acordo, pondo fim ao litígio e evitando-se que mais uma demanda chegue ao judiciário.

Sob outra vertente, a de um direito que emerge das ruas, é possível exemplificar um direito que foi reconhecido pelo Estado através de lutas engendradas pelos movimentos sociais, em meados do ano de 1980, qual seja a reforma sanitária.

Contribuindo com a criação do início da ideia de um sistema de saúde no Brasil, que, posteriormente, foi exteriorizado na Constituição de 1988 (representação de um Sistema Único de Saúde- SUS) (COSTA; SOUSA JUNIOR, 2009).

Isso significa dizer que um movimento erigido na rua, com participação da população, contribuiu para constitucionalização, ou seja, reconhecimento e oficialização de um direito social extremamente importante.

Alexandre Bernardino e José Geraldo consideram, ainda, que um movimento social que busca a concretização do direito acaba por contribuir para a construção de um novo direito, fazendo “da promessa vazia da lei uma realidade” (COSTA; SOUSA JUNIOR, 2009, p.25).

Assim, para melhor elucidar, os autores ilustram que “a promessa vazia da Reforma Agrária se concretiza pela ação política do Movimento dos Sem-Terra, da mesma forma que os direitos sociais se concretizaram pelo Movimento Sindical, que impôs ao trabalhador como sujeito de direitos” (COSTA; SOUSA JUNIOR, 2009, p.25).

Desse modo, compreende-se que as novas formas de se aplicar um novo direito que surge nas ruas, expande cada vez mais, contribuindo para o fortalecimento da ideia de que deve ser abandonado o pensamento de que somente o Estado produz e concretiza o Direito.

2.4. MOVIMENTOS SOCIAIS

Os movimentos sociais podem ser definidos como ações coletivas, ou seja, grupos de indivíduos que se unem a fim de lutar, defender, questionar, demandar por uma determinada causa. Rafaela Ponchirolli (2019), em sua obra digital, explica que é uma forma da população se organizar, expressar os seus desejos e exigir os seus direitos. Acrescenta, ainda, que são fenômenos históricos, que resultam de lutas sociais, que vão transformando e introduzindo mudanças estruturais nas sociedades.

José Geraldo de Sousa Júnior conceitua movimentos sociais como formas de ação coletiva de natureza contestadora, solidarística e propositiva e continua sua

explicação utilizando-se da obra de Scherer-Warren:

[...] um conjunto mais abrangente de práticas sociopolítico-culturais que visam à realização de um projeto de mudança, resultante de múltiplas redes de relações sociais entre sujeitos e associações civis. É o entrelaçamento da utopia com o acontecimento, dos valores e representações simbólicas com ofazer político ou com múltiplas práticas efetivas. (SCHERER-WARREN *apud* SOUSA JÚNIOR, 2008, p. 266)

Os movimentos sociais buscam materializar o interesse popular que ainda não é assistido pelo Estado da forma como necessitam, podendo até passar a ser resguardado pelo ordenamento jurídico, tornando-se, assim, movimentos que influenciam o direito.

O objetivo desses movimentos é justamente voltar a atenção do Estado para a causa que se está defendendo, buscando-se a regularização, a manutenção de determinada temática relevante para o grupo que protesta. Nesse sentido, Antônio Escrivão Filho, em entrevista concedida em meio digital, faz os seguintes questionamentos a fim de instigar as pessoas a repensarem sobre a importância desses movimentos que, por diversas vezes, são criticados:

O que seriam as greves e o movimento sindical, 'senão uma forma de criar e efetivar direitos que ora não existiam no ordenamento estatal, ora existiam, mas eram sonogados na prática?' O que seriam as ocupações de terras e imóveis urbanos, 'senão uma forma de chamar o Estado para intervir em um imóvel que descumpra a função social?' Veja, neste sentido, que ao contrário do que o senso comum, midiático, judicial e hoje governamental, indicam, o fato é que 'ao realizar uma ocupação, o movimento social está convocando o Estado para agir', e não o contrário. (ESCRIVÃO FILHO *apud* SANTOS, 2020) (sem grifos no original)

Com o fim de despertar o senso crítico, o professor Plauto Faraco de Azevedo em entrevista à Revista Espaço Jurídico (2010), faz uma reflexão voltada à responsabilidade dos estudantes de direito e dos juristas quando se fala em inclusão social obtida através de lutas, uma vez que, para ele, estes agentes jurídicos "conhecem melhor do que outros a ordem jurídica vigente, suas lacunas e deficiências e suas possibilidades de modificação" (AZEVEDO *apud* FREITAS; MOREIRA, 2010, p. 222).

Para José Geraldo de Sousa Júnior (2008) os movimentos sociais

instauraram um novo espaço público onde a sociedade passa a ouvir suas mensagens e traduzir as reivindicações em tomada de decisão política, sem com isso perder a autonomia conquistada no processo de luta.

Os espaços públicos é que dão forma a esses movimentos, provocando a criação de um direito mais crítico, com mais participação social, onde a expressão popular faz com que o povo se torne protagonista na conquista de direitos. Essas características aproximam os movimentos sociais do Direito Achado na Rua, uma vez que esta teoria defende justamente a ideia do Direito como criação social, que fosse fundamentado no cotidiano, na constante transformação dos anseios e necessidades populares e justamente nos movimentos sociais.

Diversos exemplos podem ser citados em que a soberania popular, através das lutas sociais, contribuiu para a criação de uma lei ou para aquisição de algum direito que se materializou, mesmo que não necessariamente como lei. A Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135 de 2010), por exemplo, foi fruto de um projeto de lei de iniciativa popular, encabeçado por entidades que fazem parte do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE). Esse projeto contou com o apoio de mais de 1 milhão e 600 mil assinaturas, conforme consta no site do Tribunal Superior Eleitoral (LADEIRA, 2015).

Em explicação disponibilizada no site do Tribunal Superior Eleitoral sobre a Lei da Ficha Limpa, Beatriz Maria Ladeira (2015) cita Marlon Jacinto Reis, um dos coordenadores do projeto, que explica como se deu o processo inicial de formação da lei:

A coleta de assinaturas teve início em maio de 2008, após a aprovação da campanha pela unanimidade dos presentes à Assembleia Geral da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, uma das entidades integrantes do movimento. A partir daí, todas as demais organizações foram convidadas a refletir sobre o tema e difundi-lo entre suas bases de modo a alcançar-se a mobilização em rede necessária à geração da “energia política” da qual dependeria a conquista das 1,3 milhão de assinaturas necessárias à apresentação de um projeto de lei de iniciativa popular (REIS *apud* LADEIRA, 2015).

Rafaela Ponchirolli (2019), em sua obra digital, cita outro exemplo de movimento social que teve expressão no país, é o movimento estudantil, que luta para garantir um ensino público de qualidade e não permitir cortes de verbas destinadas a educação. Esse movimento dispõe atualmente de algumas entidades

representativas, quais sejam a UNE (União Nacional dos Estudantes) e a UEE (União Estaduais dos Estudantes).

São inúmeros os exemplos de movimentos sociais para serem abordados. A sociedade cada vez mais se faz presente no espaço de deliberação, que é seu por excelência, para discutir questões importantes para o desenvolvimento social.

Nesse diapasão, vê-se que os movimentos sociais são essenciais para aperfeiçoar o sistema de elaboração das leis, tornando-o mais próximo do que caracteriza-se como necessidade da sociedade, ou quiçá para voltar o olhar dos governantes para a causa defendida.

2.4. O DIREITO COMO LIBERDADE

O processo de formação da liberdade individual, em todos os seus aspectos, para ser alcançado, além de diversos outros fatores, deve estar pautado no conhecimento. Esse também é o entendimento compartilhado pelo Instituto Conhecimento Liberta, conforme consta no site oficial do instituto, que acredita e defende que a verdadeira liberdade só pode ser alcançada pelo conhecimento.

Para Roberto Lyra Filho, a liberdade “não é um dom; é tarefa, que se realiza na História, porque não nos libertamos isoladamente, mas em conjunto” (*apud* COSTA; SOUSA JUNIOR, 2009, p. 19).

O acervo digital do site ‘Agora Joinville’, em sua publicação sobre como aprimorar o conhecimento (2020), destacou uma das frases de Leandro Karnal, ponderando que “é no conhecimento que existe a chance de libertação. Uma pessoa que decide não conhecer, aceita sua condição de escravo, aceita sua condição de submissão; conhecer é a condição pra eu me libertar de mim mesmo e das amarras sociais”.

Cabe ressaltar que o direito não pode ser confundido com lei. Segundo Roberto Lyra Filho (2017, versão digital do seu seu livro) a lei sempre emana do Estado, são normas estatais, é direito positivado. O Direito, em contrapartida, “não pode ser isolado em campos de concentração legislativa, pois indica os princípios e

normas libertadores, considerando a lei um simples acidente no processo jurídico” (LYRA FILHO, 2017, obra digital).

A liberdade é um direito fundamental de todo cidadão e é através dessa liberdade de reivindicar, de organizar-se em movimentos sociais que se constrói mais direitos. O inverso também é válido, quando se conhece o direito se adquire liberdade, descobre que se é livre para lutar pelos seus interesses e direitos até então desassistidos.

Assim, a expressão ‘direito como liberdade’ está intimamente ligada à ideia de construir direitos através do próprio direito de ser livre.

O Direito está em constante transformação, quanto mais se conhece mais lutas surgem em busca da sua aplicabilidade ou mesmo da sua construção, formando o que o autor Eugen Ehrlich (*apud* RIBEIRO, 1998) chama de “direito vivo”. Nos dias atuais, por exemplo, os direitos trabalhistas não são como eram a 50 anos atrás, porque as pessoas em conjunto com os sindicatos, exercendo sua liberdade de demandar, lutaram pela aquisição de novos direitos que julgavam pertinentes. Modificando, assim, a concepção do que é direito e fazendo com que a sociedade exerça seu papel fundamental de sujeito ativo no ordenamento jurídico.

Entretanto, só luta e reivindica quem tem o mínimo de conhecimento jurídico. Quem não conhece seus direitos não sabe até onde e o que deve cobrar do Estado. E, é nesse contexto, que se percebe a importância do ensino dos direitos básicos e fundamentais garantidos pela Constituição Federal aos jovens cidadãos ainda na escola no ensino fundamental e médio.

Entender a Constituição Federal é, além de conhecer seus direitos fundamentais, saber quais são seus deveres e ainda compreender o processo de formação do seu Estado, organização política e administrativa do seu país, é contribuir para a formação de um cidadão participativo e crítico. Esse conhecimento contribui, também, para que as pessoas percebam quais os seus direitos estão sendo suprimidos e faz com que busquem lutar e cobrar a efetividade dos mesmos.

Incentivar o ensino dos direitos e deveres fundamentais contribuirá para a formação futura de melhores legisladores, governantes, membros do poder judiciário e da sociedade em geral. De nada vale um país ter uma das melhores constituições se esse conhecimento está monopolizado nas faculdades de Direito, isso faz com

que a Carta Magna seja uma espécie de letra morta para a maior parte da sociedade que não a conhece e, então não se valem dos seus ensinamentos (SANTOS, *et al*, 2018).

O fundador do Projeto Constituição nas Escolas, Felipe Costa Rodrigues Neves, decidiu tomar essa iniciativa quando se deparou com elevado índice de desconhecimento dos alunos. Afirma Felipe Costa Neves (2018), em sua obra digital:

De acordo com a pesquisa que fizemos em 2017, consultando mais de 2.000 alunos da rede pública, esse é atual cenário do conhecimento dos alunos sobre a nossa Constituição Federal: – Apenas 4% dos alunos conhecem mais de 10 artigos da Constituição Federal; – 83% dos alunos não sabem quantos artigos tem a Constituição Federal; – 91% dos alunos não sabem o que são cláusulas pétreas; – mais de 70% dos alunos não sabem o que é uma PEC.

Diante desses dados observa-se a carência de conhecimento sobre a Constituição Federal e, conseqüentemente, carência de conhecimento dos direitos fundamentais entre os jovens. O que corrobora a necessidade de se difundir o conhecimento jurídico para que se tenha cada vez mais uma sociedade consciente, participativa e crítica.

3 PRINCÍPIOS COMO FONTE DE DECISÃO JUDICIAL

Os princípios são ordenações que buscam fundamentar o sistema jurídico e não há a necessidade de estarem escritos para terem validade. Têm a função de instruir o legislador na criação das normas e de auxiliar os operadores do direito na interpretação da legislação.

Por terem adquirido valor normativo e axiológico tornaram-se suficientes como reguladores direto de uma relação intersubjetiva.

3.1. PRINCÍPIOS X LEI

A partir da fase inaugurada pelos ideais pós-positivistas novos valores foram inseridos na comunidade jurídica, influenciando, conseqüentemente, na atividade de aplicação do direito aos casos concretos (PAIVA, 2013).

Nessa nova fase os princípios adquiriram valor normativo e axiológico, tornando-se suficientes para reger diretamente uma relação intersubjetiva (BICALHO; FERNANDES, 2011). Essa mudança de pensamento teve grande influência dos teóricos Ronald Dworkin e Robert Alexy, conforme citado anteriormente, que, além de atribuir caráter normativo aos princípios, também se preocuparam em distinguir a diferença entre regras e princípios. Com isso, viram a necessidade de uma abertura valorativa do sistema jurídico, “de modo a contrapor as premissas positivistas que deixavam em segundo plano considerações de natureza axiológica” (CALIXTO; CARVALHO, 2016, p. 145).

Com a hegemonia axiológica dos princípios, estes passam a ser considerados parâmetros normativos que irradiam sobre todo o ordenamento jurídico (BONAVIDES *apud* BARROSO, 2013).

Compartilhando do mesmo entendimento, Humberto Ávila também entende os princípios como sendo normas jurídicas, uma vez que “[...] indiretamente, estabelecem espécies de premissas de comportamentos” (ÁVILA *apud* BICALHO;

FERNANDES, 2011, p. 119). No mesmo sentido, Paulo Bonavides, Paulo Gustavo Gonet Branco, entre outros autores (*apud* BICALHO; FERNANDES, 2011).

Por conseguinte, é evidente que os princípios são normas e, como tal, têm o poder de regular condutas diretamente (BICALHO; FERNANDES, 2011). Logo, é possível afirmar que um juiz pode fundamentar uma decisão exclusivamente em princípios, já que eles são normas.

Na teoria de Dworkin um juiz, ao se deparar com casos em que não encontre no ordenamento jurídico qualquer regra aplicável, não pode eximir-se de proferir uma decisão, devendo, assim, buscar ajuda dos princípios, que são de observância obrigatória para solucionar a questão (CALIXTO; CARVALHO, 2016).

Diante desse contexto, o autor reinsere os princípios como normas jurídicas vinculantes, “da mesma maneira que as regras, sendo eles, portanto, integrantes do direito e possuindo obrigatoriedade de lei” (CALIXTO; CARVALHO, 2016, p. 136).

O autor passa, então, a se preocupar em diferenciar princípios de regras, tendo em vista o fato de se atribuir a característica de normatividade àqueles. Para Dworkin a diferença consiste, sobretudo, em razão de os princípios possuírem uma “dimensão de peso” (DWORKIN *apud* CALIXTO; CARVALHO, 2016, p. 137), que as regras não possuem. Nesse sentido, diante de um caso concreto, considerando essa dimensão, pode acontecer de se ter mais de um princípio conduzindo a decisão em sentidos diferentes, situação em que cabe ao magistrado avaliar qual dos padrões possui, para o determinado caso, maior peso, força e importância (DWORKIN *apud* CALIXTO; CARVALHO, 2016).

De outro turno, as regras devem ser aplicadas “à maneira tudo ou nada” (DWORKIN *apud* CALIXTO; CARVALHO, 2016, p. 137). Desse modo, caso duas regras entrem em conflito, uma delas não pode ser regra válida, ficando a decisão acerca de qual será válida e qual deverá ser abandonada ou reformada “sujeita a considerações exteriores às próprias regras” (DWORKIN *apud* CALIXTO; CARVALHO, 2016, 137).

Assim sendo, na teoria de Dworkin, “a normatividade dos princípios aparece como condição de existência da normatividade do ordenamento jurídico como um todo, representando a dimensão moral da evolução do direito” (CALIXTO; CARVALHO, 2016, p. 137).

Na mesma linha de pensamento, Robert Alexy também defendeu a normatividade dos princípios, assim como a conexão entre o direito e a moral, no que se refere ao conceito e a normatividade de ambos (CALIXTO; CARVALHO, 2016).

Alexy, no entanto, acabou por aprimorar a teoria de Dworkin, identificando os princípios como espécie normativa distinta das regras no sentido qualitativo. Apesar de utilizar das ideias de Dworkin, Alexy afirma que ele não atingiu o cerne da distinção entre regras e princípios, cerne este que consiste na questão de os princípios terem de ser vistos como mandados de otimização (CALIXTO; CARVALHO, 2016).

Portanto, o autor parte da hipótese de que entre os princípios e regras há distinção, também, de qualidade, e não apenas de grau. Defende, ainda, que tanto as regras quanto os princípios são normas de observância obrigatória (CALIXTO; CARVALHO, 2016).

O autor define os princípios mais genéricos e abstratos como “preceitos de otimização” (ALEXY *apud* CALIXTO; CARVALHO, 2016, p. 138), ou seja, “como diretrizes realizáveis apenas em parte e em medida variável, que não prescrevem condutas específicas, mas remetem a valores que deverão ser efetivados na maior medida possível” (ALEXY *apud* CALIXTO; CARVALHO, 2016, p. 138). Dessa forma, exige-se a técnica da ponderação para sua adequada aplicação, podendo ser cumpridos em graus diferentes.

As regras, por outro lado, “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY *apud* CALIXTO; CARVALHO, 2016, p. 138). Assim, as regras, por sua vez, devem ser aplicadas integralmente e seus efeitos devem ser produzidos exatamente como nela estiver determinado.

As teorias se distinguem quanto aos conflitos. Quando há um conflito de regras o mesmo só pode ser resolvido se houver uma cláusula de exceção que remova o conflito ou se uma das regras for declarada nula. Em casos de colisão de princípios, que ocorre quando algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, um deles deve recuar. O que determinará qual o princípio que deve ceder serão as circunstâncias do caso. Porém, isso não significa que o princípio abdicado seja nulo (CALIXTO; CARVALHO, 2016).

Com isso, o autor quis demonstrar que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o de maior peso é o que vai preponderar. Nesse sentido “é que se afirma que os princípios instituem obrigações *prima facie*, já que podem eles ser superados, ou terem reduzido seu âmbito de abrangência em face da colisão com outro princípio no caso concreto” (CALIXTO; CARVALHO, 2016, p. 138).

Nesse sentido, o seguinte julgado que trata sobre conflito de princípios. De um lado, no âmbito dos direitos fundamentais, além do princípio da dignidade humana, os princípios específicos da ordem social, como de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade. Do outro lado, mostrando-se como entrave ao exercício do direito à assistência médica concreta do Estado, tem-se o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA- LEGITIMIDADE PASSIVA: INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO- 'HARD CASE' (CASOS DIFÍCIES)- CONFLITUOSIDADE ENTRE PRINCÍPIOS- UTILIZAÇÃO DE METÓDICA DE CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL- CARÁTER 'PRIMA FACIE' DOS PRINCÍPIOS- MODELO SÍNTESE DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS. 1.-Ação civil pública para defesa da saúde da criança, enferma de doença rara puberdade precoce verdadeira, cujo tratamento medicamentoso é de elevado preço, não pode ser interrompido e a família da menor não reúne condições econômicas para custeá-lo. 2.- As normas processuais - tais como as que definem a legitimidade passiva - devem ser entendidas em harmonia com o direito material, sobretudo a Constituição. In casu, ao tempo em que ajuizada a demanda, urgia-se de um lado a necessidade imediata de ações concretas do Estado para proteção da saúde e vida de uma criança de um ano e dez meses, sendo que de outro lado nos deparávamos com um momento ainda inicial de implantação dessa rede de serviços de saúde, onde a distribuição de competências, ações e principalmente a estruturação econômica do SUS não se apresentavam adequadamente definidas, fatos esses que tornavam justificável a dúvida de quem deveria figurar no pólo passivo da ação (União ou INSS). Nesse quadro, razoável o endereçamento da ação em face do INSS (autarquia especializada em seguridade social). 3.- No caso concreto, é possível que a criança tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse, com fundamento em princípios contidos na Lei Maior, ainda que nenhuma regra infraconstitucional vigente apresente solução para o caso. Para a solução desse tipo de caso, denominado por R. Dworkin como 'hard case' (caso difícil), não se deve utilizar argumentos de natureza política, mas apenas argumentos de princípio. 4.- O pedido de fornecimento do

medicamento à menor (direito a prestações estatais stricto sensu - direitos sociais fundamentais), traduz-se, in casu, no conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes. 5.- A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta - norma jurídica - que, por sua vez, será um resultado intermediário em direção à norma decisão (resultado final da concretização). (J.J Gomes Canotilho e F. Müller). 6.- Pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e a criança prevaleçam em face dos princípios democrático e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto. 7.- Apelo improvido. (TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 261220 - 0303145-09.1994.4.03.6102, Rel. JUIZ CONVOCADO DAVID DINIZ, julgado em 19/06/2001, DJU DATA:23/10/2001 PÁGINA: 416) (grifos no original)

O autor Eduardo Paiva (2013) difere os princípios gerais, que são a última alternativa ao suprimento de lacunas legais, dos princípios constitucionais. Estes possuem força vinculante e são o ponto de partida de toda e qualquer atividade jurídica, seja de interpretação, integração ou de aplicação da lei. Por serem de observância necessária e obrigatória em qualquer situação, caso não sejam respeitados pode-se estar diante de um vício de inconstitucionalidade.

A título de exemplo, Paiva (2013) cita como princípios constitucionais de alta carga valorativa o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da proporcionalidade e o da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente.

Nesse sentido Alexandre de Freitas Câmara:

É preciso antes de tudo deixar claro que não coincidem exatamente os conceitos de princípios gerais de direito e de princípios constitucionais. Basta ver o seguinte: estabelece o art 126 do CPC que, diante de uma lacuna da lei, deverá o juiz se valer da analogia, não havendo norma que possa ser aplicada analogicamente, o julgador se valerá dos costumes e, por fim, não havendo costume que se aplique ao caso, será a decisão baseada nos princípios gerais do Direito. Ora, a se aceitar a ideia de que esses princípios gerais são os princípios constitucionais, ter-se-ia de admitir que os princípios constitucionais são aplicados em último lugar, depois da lei e das demais fontes de integração das lacunas. Isto, porém, não corresponde à verdade. Os princípios constitucionais devem ser aplicados em primeiro lugar (e não

em último), o que decorre da supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas jurídicas. Entende-se por princípios gerais de direito aquelas regras que, embora não se encontrem escritas, encontram-se presentes em todo o sistema, informando-o. É o caso da velha parêmia segundo a qual 'o direito não socorrem os que dormem' (CÂMARA *apud* PAIVA, 2013, p. 53) (grifos no original).

O juiz federal David Diniz Dantas (*apud* CHIMANOVITCH; PASTOR, 2004), indagado, em uma entrevista, sobre a diferença entre princípios e normas escritas prefere explicar trazendo uma análise de caso concreto:

A regra, o texto da lei, por exemplo, diz que o limite mínimo de idade para a aposentadoria é 65 anos, mas o demandante tem 59 anos, então ele não tem direito. Já o princípio permite fazer essa ponderação, um balanceamento da situação à luz dos princípios, em oposição à norma do tudo ou nada da lei. (DANTAS *apud* CHIMANOVITCH; PASTOR, 2004, p. 10),

Em complemento, o juiz afirma que será sempre necessário julgar com o olhar voltado aos princípios, uma vez que a lei não consegue acompanhar a complexidade social. Devendo os princípios sempre “iluminar a legislação” (DANTAS *apud* CHIMANOVITCH; PASTOR, 2004, p. 11), até mesmo as mais novas leis têm que se submeter aos princípios morais e constitucionais.

Dantas assevera, ainda, o fato de que esses princípios precisam ser efetivados, concretizados. E, para isso, os juízes devem levar para o discurso judicial questões que envolvem princípios, se não de nada adianta incluir na Constituição “princípios lindos de justiça social, dignidade da pessoa humana, proteção aos pobres, solidariedade, se eu não os concretizo, se continuam aplicando o legalismo formal” (DANTAS *apud* CHIMANOVITCH; PASTOR, 2004, p. 12). Decidir assim, para o autor, faz com que a sociedade perceba que os juízes julgam seus processos a partir de valores que ela compartilha.

As leis, por sua vez, apresentam particularidades por não ser ao mesmo tempo tão abrangente e flexível como os princípios, haja vista que as leis são produtos de sua época. Por isso, em diversos casos o magistrado terá que se ater ao contexto histórico em que a lei foi editada, podendo ser que, atualmente, essa lei não faça mais sentido, não faça mais justiça, não atendendo às necessidades atuais.

Assim, há a necessidade de compatibilizar a lei com a realidade, principalmente quando se está diante de uma lei envelhecida no tempo (DIREITO, 2000).

3.1.1. Tribunais e a importância do uso dos princípios jurídicos

Os princípios podem ser chamados de alicerce ou pilares do ordenamento jurídico, e, assim como foi tratado anteriormente, pode-se dizer que possuem força normativa e como tal podem servir de fundamento para uma decisão judicial. O juiz federal David Diniz Dantas (*apud* CHIMANOVITCH; PASTOR, 2004) inclusive considera que com o uso dos princípios se tem um arsenal argumentativo muito mais amplo para fundamentar suas decisões.

Para Barroso, o ponto de partida dos intérpretes do direito deve ser sempre os princípios constitucionais (*apud* DANIELE, 2008), por isso sua importância no ordenamento brasileiro, na medida em que norteiam a uma correta interpretação da legislação. Ou seja, para que saiba interpretar é necessário conhecer os princípios.

Eros Grau, compartilhando os mesmos ensinamentos, afirma que a interpretação do direito deve ser “dominada pela força dos princípios, já que estes cumprem função interpretativa e conferem coerência ao sistema” (*apud* DANIELE, 2008, 75).

Barroso elucida que:

o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto (BARROSO *apud* MARTINS, 2013, p. 200).

Na mesma linha de pensamento, Ana Paula de Barcellos (*apud* DANIELE, 2008) enfatiza que as regras contribuem para uma maior previsibilidade do sistema jurídico, na medida em que veiculam efeitos jurídicos pretendidos pelo legislador, estabelecendo uma relação entre regras e estabilidade, a segurança e a previsibilidade. Os princípios, por sua vez, permitem uma adaptação mais livre às diversas possibilidades de cada caso concreto e a justiça dependeria justamente de normas mais flexíveis como os princípios.

Considerando esse aspecto de auxiliador na interpretação, bem como a

importância de utilizá-los como fundamento decisório, conclui-se que graças à aplicação cada vez maior dos princípios é que se tem direitos sendo reconhecidos pelo aparato estatal. Basta recordar o caso já abordado das uniões homoafetivas que foram reconhecidas em razão da interpretação das normas à luz dos princípios inscritos na Constituição Federal.

Carrazza cita como exemplo o artigo 146 da Constituição Federal, para ele esse dispositivo só encontrará sua real proporção quando devidamente complementado com os princípios federativo e da autonomia municipal e distrital (*apud* DANIELE, 2008). Para o autor, uma interpretação literal deste artigo indica que

à lei complementar é dado até alterar o rígido esquema de repartição de competência tributária das pessoas políticas. Já uma interpretação que leve em conta os princípios citados revela que a lei complementar, mesmo a pretexto de veicular 'normas gerais em matéria de legislação tributária', não pode interferir no modo pelo qual as pessoas políticas disciplinarão a criação e arrecadação dos tributos de sua competência. (CARRAZZA *apud* DANIELE, 2008, p. 77)

Vale citar alguns exemplos de princípios constitucionais, objetivando breve análise para demonstrar a importância da aplicação de cada um.

Primeiramente, o princípio do devido processo legal que pode ser definido como o princípio que determina que o Estado, na figura do juiz, deve agir conforme regras previamente estabelecidas pela lei. Abílio Wolney (2009) elucida que este princípio assegura a igualdade de condições entre as partes e o Estado-persecutor, ou seja, o direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção de provas, de ser processado e julgado por juiz competente, entre outros direitos.

O segundo é do contraditório e da ampla defesa. Andressa Rangel, Samara Monayari e Ana Augusta (2018) consideraram o contraditório e a ampla defesa como instrumentos de realização da democracia e do acesso à justiça, que estão a disposição dos litigantes para tutelar suas pretensões. Consideram, também, que consistem em direito de participação ativa e de conhecimento dos atos processuais, podendo influenciar no entendimento do juiz.

O juiz Abílio Wolney (2009) explana que o princípio da ampla defesa faz o papel do contrapeso na balança, tendo em vista que a todo ato produzido por uma

das partes caberá igual direito à outra. Andressa Rangel, Samara Monayari e Ana Augusta (2018) complementam ao dizer que caso algum processo desenvolva sem a observância desses princípios resultará em uma sentença desmotivada ou insuficiente de fundamentação, já que às partes foi subtraído o direito de alegarem e provarem seus argumentos.

Outro importante princípio é o da imparcialidade do juiz, que objetiva impedir que o juiz se deixe influenciar por interesses pessoais, sendo uma garantia de justiça às partes (AIRES NETO, 2009). Wolney (2009) inclusive considera que essa imparcialidade é um dos pressupostos para que a relação processual se instaure validamente.

Para assegurar a imparcialidade do juiz a Constituição Federal estipula garantias (artigo 95), prescreve vedações (artigo 95, parágrafo único) e proíbe juízos e tribunais de exceção (artigo 5º, inciso XXXVII) (AIRES NETO, 2009).

Por fim, tem-se o princípio da motivação das decisões, expressamente previsto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, que está relacionado com o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional e que estabelece a necessidade da motivação das decisões judiciais (AIRES NETO, 2009).

Fundamentar uma decisão significa dizer que o magistrado deve se ater aos fatos narrados e às provas produzidas para, com isso, proferir uma decisão motivada no que seja essencial e relevante para o caso concreto, não correndo o risco de pecar nem pelo excesso e nem pela falta (FACÓ, 2009).

A finalidade desse princípio é justamente garantir às partes o direito de compreenderem as razões que levaram à rejeição ou aceitação dos seus argumentos.

Diversos outros princípios poderiam ser citados, contudo, essa pequena explanação foi o suficiente para demonstrar uma parcela da importância dos referidos princípios para o ordenamento jurídico, que vai muito além de auxiliares da interpretação, eles são considerados meios de garantia e de democracia no poder judiciário.

3.1.2. Casos ocorridos no Brasil

Diante de todo o exposto, percebe-se que, com o passar do tempo o magistrado, ao exercer sua atividade jurisdicional, adquiriu e ainda adquire liberdade, no sentido de que sua atividade não mais se encontra restringida e resumida pela interpretação limitada e positivista da lei.

Um dos exemplos de decisão baseada em princípios que pode ser citado é um dos casos julgados pelo juiz federal David Diniz Dantas.

O caso tratava de um funcionário do Instituto Brasileiro do Café (IBC), atualmente extinto, em Beirute, que teve sua casa destruída por uma bomba na guerra civil do Líbano. O juiz explica que levando-se em consideração a lei brasileira o funcionário não teria direito a indenização, por não se tratar de ato sofrido em território nacional. Contudo, o magistrado resolveu invocar o princípio da solidariedade, e, assim, a União foi compelida a pagar pelos danos. Afinal, “se o país se beneficiava dos frutos do trabalho do funcionário também deveria ser solidário com ele nos prejuízos” (DANTAS *apud* CHIMANOVITCH; PASTOR, 2004, p. 07).

Em outra demanda julgada pelo magistrado federal, ele explica que se tratava de um senhor de 90 anos que não pagava o aluguel e reconhece que estavam presentes todos os requisitos legais que fundamentavam uma decisão de despejo. Entretanto, Dantas questiona se realmente precisaria tomar tal decisão, concluindo que existem princípios morais que protegem esse senhor, que são a proteção ao idoso e o direito à moradia. Assim, o magistrado optou por esta segunda opção e ainda considerou que uma decisão nesses termos teria muito mais aceitação social do que se tivesse aplicado a lei com toda sua rigorosidade (DANTAS *apud* CHIMANOVITCH; PASTOR, 2004).

Os autores Ruy Hermann, Ana Paula Sotero e Nadine Amorim (2017) elaboraram um trabalho onde analisaram decisões judiciais que se embasaram no princípio da função social da terra, e que, conseqüentemente, proporcionaram uma justiça social para além da aplicação fria da lei.

Analisaram decisões proferidas em casos de conflitos de terra (Agravo de Instrumento nº 468.384-9; Agravo de instrumento nº 598.360.402; REsp-SP 75659, entre outros), que utilizavam o pluralismo jurídico como forma de solução para dirimir os problemas relacionados ao acesso do direito à terra e à propriedade em um

Estado Democrático de Direito. E concluíram que o sistema judiciário não deve continuar aplicando a mesma ótica privatista nos casos de conflitos agrários, uma vez que tais questões possuem cunho social e as normas de direito agrário devem ser interpretadas em favor daqueles que querem produzir, “observando-se, para isto, os princípios constitucionais que dão suporte a esta ideia” (AMORIM; MEDEIROS; SOTERO, 2017, p. 225).

Outra importante inovação exposta pelos autores, trata-se da caracterização da ocupação famélica, que tem as mesmas características do furto famélico:

Nas palavras do juiz Carvalho (1990), o argumento chave utilizado para a negação do direito de ocupar é o de que o direito civil não permite. Todavia o princípio jusnaturalista de dignidade humana está acima da lei objetiva, sendo expressamente considerado (BRASIL, 1988, art. 1º) como o fundamento republicano. Portanto, se o sem-terra está privado da vida digna e, ao ocupar terras, busca a vida com dignidade que lhe é negada, a dignidade do ser humano está aí acima do direito de propriedade utilizada sem função social. Assim, seria lógica e prudente a legitimação da ocupação famélica sob a mesma ótica do furto famélico. (AMORIM; MEDEIROS; SOTERO, 2017, p. 223)

Assim, além de demonstrarem a inovação pluralista nas resoluções dos conflitos de terra, eles citaram outra importante inovação no sistema judiciário, a questão da ocupação famélica, também fruto de uma visão social do direito.

3.1.3. Consequências da aplicação de outras fontes que não seja a lei nos tribunais

Conforme exaustivamente abordado no decorrer do trabalho, há uma necessidade de aplicar-se outras fontes como fundamento nas decisões judiciais, uma vez que a letra fria da lei por diversas vezes não é capaz de proporcionar uma justiça social desejada, ou por estar obsoleta, ou porque não ser devidamente interpretada e adaptada pelo magistrado ao caso concreto, ou até mesmo por diversos outros motivos.

A consequência desse julgamento com um olhar mais amplo, como foi demonstrado, é um julgamento mais justo, porque a lei por em determinadas situações acaba sendo injusta, não intencionalmente, mas devido ao fato de que é impossível regular todas as situações existentes e nem seria possível se moldar a cada caso, já que uma das características da lei é justamente sua rigidez.

A regulamentação jurídica não consegue dispor sobre todas as demandas sociais devido à diversidade e volatilidade dos acontecimentos na sociedade, por isso, se faz necessário a utilização de outras fontes do Direito que consigam proporcionar a solução mais adequada a cada demanda judicial.

Para exemplificar essa afirmação, o juiz federal David Diniz Dantas (*apud* CHIMANOVITCH; PASTOR, 2004) explica que a lei pode ser injusta e que cabe ao juiz sanar essa injustiça, como, por exemplo, no caso por ele narrado onde a lei estabelece idade (que seria 65 anos na época) e requisitos para a pessoa ter o benefício previdenciário concedido, nesse sentido, ao se deparar com uma pessoa que sempre trabalhou no campo, desde os sete anos de idade, sem carteira assinada e que aos 59 anos requereu a aposentadoria, pela lei essa pessoa teria seu pedido indeferido. Porém, coube a ele como juiz fazer uma análise do caso concreto à luz do princípio da proteção ao idoso, uma vez que a pessoa era tecnicamente idosa, visivelmente idosa, aparentando ser muito mais velha do que realmente era. Concluiu, com isso, que a lei, nessa situação, era um impeditivo para julgar o caso com justiça e que existem direitos morais que precisam ser levados em consideração.

Para aplicar outras fontes, mesmo que seja apenas como auxiliaadoras interpretativas, o magistrado precisa exercer sua função com maestria, como no caso narrado acima, buscando construir uma decisão singular para o caso, e não apenas proferir uma decisão genérica e abstrata.

David Diniz Dantas (*apud* CHIMANOVITCH; PASTOR, 2004) considera, inclusive, que a aplicação dos princípios como fonte de fundamentação proporciona ao julgador a expansão dos seus argumentos, já que os princípios são mais flexíveis que as regras.

CONCLUSÃO

Na medida em que o modelo clássico de legalidade se viu insuficiente para solucionar as novas demandas inerentes à expansão das relações e conflitos entre diferentes povos, tornou-se necessário o reconhecimento da existência de outras fontes do direito, que não seja apenas a aplicação da lei em sua fria literalidade, reconhecendo e conferindo importância aos atores e fenômenos sociais. Essa nova proposta marca o surgimento de um novo paradigma no sistema jurídico.

A teoria pós-positivista visa reintroduzir valores morais ao direito, conferindo maior importância às outras fontes do direito, principalmente aos princípios. O pluralismo jurídico ganha notoriedade na medida em que o Estado se torna incapaz de solucionar os problemas dos segmentos sociais múltiplos e distintos que convivem em um mesmo espaço geográfico.

O pluralismo, em estudo, reconhece a existência de um direito paralelo ao oficial e isso não significa uma negação ao Estado ou as instituições jurídicas já existentes. Esse direito paralelo surge justamente em lugares que o direito estatal não exerce sua função jurisdicional.

Diante dessa pluralidade social e jurídica houve uma ampliação interpretativa para reconhecer o rompimento da ideia de que direito seria apenas o direito emanado do Estado, passando a considerar que a lei seria um ponto de partida dos juízes, cabendo a estes interpretá-la da melhor forma. E, para interpretar da melhor forma, o magistrado deve levar em consideração as outras fontes do direito como auxiliaadoras, as particularidades do caso, o meio social no qual está inserido e outros diversos fatores.

No decorrer da dissertação, para fins metodológicos, as teorias abordadas como tema principal foram divididas em duas vertentes, prática e teórica. Materializadas no primeiro capítulo, onde buscou-se desenvolver a parte teórica do trabalho, e no segundo e terceiro capítulo, em que objetivou-se explanar sobre a aplicação da teoria na atividade prática dos tribunais brasileiros.

A pesquisa bibliográfica foi satisfatória, auxiliando com o êxito no alcance dos objetivos propostos à pesquisa, visto que embasou a análise de decisões judiciais fundamentadas com base em argumentos que não levam em consideração apenas a

letra da lei, assim como os reflexos desse novo paradigma de se pensar e aplicar o direito para a sociedade. O que consistia no objetivo geral da pesquisa.

Na medida em que se pôde constatar que por diversos anos o direito foi resumido à ideia de lei/Estado e que quando isso acontece tem-se o grande risco de, ao aplicá-lo, não estar proporcionando justiça às partes e não estar reconhecendo direitos que necessitam ser reconhecidos, percebeu-se uma necessidade de olhar a ciência jurídica com mais amplitude, passando a considerar a importância das outras fontes do direito para se ter uma melhor interpretação da lei e do caso concreto em si, proporcionando, assim, a aplicação do direito de forma mais justa e individualizada.

Os principais objetivos específicos, que também foram exitosos, consistiam em: definir a teoria pluralista do direito; analisar e citar casos em que ocorreu o exclusivo dos princípios como fundamento decisório; contrapor os princípios com a legislação; explicar a influência teórica e prática do Direito Achado na Rua no Direito positivado

Empenhou-se em dar ênfase aos princípios como sendo uma importante fonte do direito. Com isso, pôde ser demonstrado através, também, de casos concretos citados no decorrer da pesquisa, que essa fonte é mais ampla e flexível que a lei, por isso, há de ser observado que diversas demandas judiciais necessitam desse olhar ampliado do direito, uma vez que a lei em sua abstração e generalidade nem sempre é capaz de se moldar, como os princípios, às necessidades e particularidades do caso concreto.

Outro importante objetivo específico que restou atingido e que cabe ressaltar foi expor o que a aplicação do Direito Achado na Rua, como teoria e como acepção literal do termo, pode provocar no Estado. Essa teoria/termo constrói uma maneira de se aplicar um direito paralelo ao oficial, que surge na comunidade, para as pessoas envolvidas em determinado contexto geográfico, o que proporciona aos envolvidos um direito mais justo, que atenda melhor às necessidades de cada caso concreto.

Para exemplificar a materialização dos objetivos propostos à pesquisa, pode-se citar o reconhecimento das uniões homoafetivas, uma vez que para se ter esse reconhecimento foi necessário a ampliação do direito através do olhar à luz de um dos princípios basilares da sociedade brasileira, princípio da igualdade, bem como a

ampliação para se considerar as necessidades da população, deixando de lado a aplicação da literalidade da lei.

Acredita-se que essa nova visão do ordenamento jurídico, uma visão mais ampla do direito, que entende e reconhece o direito além da lei, valorando as diversas fontes, é responsabilidade dos operadores do direito em geral e das universidades. No sentido de que o ensino nas universidades precisa ser transformado, é necessário voltar o estudo para uma visão mais ampla, reconhecendo o direito como um fenômeno social, que nasce nas ruas, através das demandas populares, e a elas deveria retornar. Abandonando o ensino expositor das leis, que não provoca o senso crítico dos estudantes, que favorece para a formação de replicadores do direito positivado e que não atuam com humanidade.

Por outro lado, aos operadores que já se encontram em atividade caberia a interpretação ampliativa, considerando a questão jurídica do direito para além da lei, como também todo o contexto da realidade fática de cada demanda, devendo se inserir no meio social em que convive para entender as necessidades e anseios populares. Principalmente o magistrado, que precisa ser ater à cada particularidade dos casos para que possa julgar de forma mais justa, construindo a justiça que cada demanda necessita.

Aos advogados cabe o poder de argumentar utilizando-se de outras fontes e fatores que provoquem no magistrado uma mudança de pensamento. As ideias expostas por advogados auxiliam na construção de jurisprudências e de decisões de primeiro grau na medida em que influenciam no poder de decidir do juiz, por isso os advogados devem compreender que sua atividade é essencial para a mudança proposta no ordenamento jurídico.

Por conseguinte, a fim de concretizar tais mudanças propostas, faz-se necessário o estudo das teorias abordadas no presente trabalho, para que esse direito plural possa ser cada vez mais reconhecido e aplicado.

Assim, conclui-se que o presente estudo tem relevância acadêmica, social e jurídica, uma vez que o tema se constrói e reflete suas consequências nas universidades, no espaço social – a rua – e nos tribunais. A temática abordada contribui para a formação de um direito emancipatório, que se encontra em outras fontes jurídicas, e que contribui para inserção e participação da comunidade no mundo

jurídico. Evidenciando-se cada vez mais que o direito não está ligado apenas à sua forma legal-judicial e que, a consequência disso, seria a aplicação do direito de maneira mais justa, aproximando-o da realidade comunitária.

REFERÊNCIAS

AIRES NETO, Abílio Wolney. **Princípios constitucionais**. Goiânia: Gráfica do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, 2009.

AMORIM, Nadine Araújo; MEDEIROS, Ruy Hermann Araújo; SOTERO, Ana Paula da Silva. O Pluralismo Jurídico como forma alternativa de garantia social de acesso à justiça nas resoluções de conflitos de terra no estado democrático de direito. **Dikè – Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC**, Ilhéus, publicação semestral, p. 194-230, 2017.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Aplicação do Direito: Dogmática jurídica e contexto social. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.4, n.16, p. 165-173, 2001. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista16/revista16_165.pdf Acesso em: 25, fev. 2021.

_____. **O poder judiciário e a justiça social**. Rio Grande do Sul, 1995.

_____. Entrevista com Dr. Plauto Faraco de Azevedo. Entrevista concedida a Márcia Marcondes Diniz de Freitas e Nedriane Scaratti Moreira. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 1, p. 217-228, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1945> Acesso em: 16, out. 2020.

BARBOSA, Luís Adriano Soares. **ÉTICA NA MAGISTRATURA**: uma interpretação a partir de um confronto entre as ideias de Vázquez e Nalini. Monografia (Especialista em Administração Judiciária) – Curso de Especialização em Administração Judiciária. Universidade Estadual Vale do Acaraú, Ceará, 2008. Disponível em: <https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Lu%c3%ads-Adriano-Soares-Barbosa.pdf> Acesso em: 22, mar. 2021.

BARROSO, Leonardo Alves. A Força Normativa dos Princípios Fundamentais como Vetores da Formação do Estado Ideal. *In*: CURSO DE CONSTITUCIONAL: normatividade jurídica, 2013, **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, p. 118-136. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica.pdf> Acesso em: 28 mar. 2021.

BERCLAZ, Marcio. **O Direito alternativo continua vivo**. Blog o Direito Achado na Rua, 2014. Disponível em: <http://odireitoachadonarua.blogspot.com/2014/08/> Acesso em: 28 mar. 2021.

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella; FERNANDES Ricardo Vieira de Carvalho. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 63.981/SP**, 4ª Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. 11. maio. 2000. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, p. 296, nov. 2000. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199500183498&dt_publicacao=20/11/2000 Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 472.533/MS**, 4ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. 12. ago. 2003. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, p. 318, ago. 2003. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200201354064&dt_publicacao=25/08/2003 Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 251.024/SP**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. 27. set. 2000. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, p. 270, fev. 2002. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200000238287&dt_publicacao=04/02/2002 Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível nº 261220**, 1ª Turma. Relator: Juiz convocado David Diniz. 19. jun. 2001. Diário de Justiça da União, São Paulo, SP, p. 416, out. 2001. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=03031450919944036102> Acesso em: 28 mar. 2021.

CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. O pós-positivismo como pressuposto filosófico do neoconstitucionalismo. **Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, Curitiba, v. 2, n. 2 p. 127-148, jul/dez. 2016.

CARVALHO, Lucas Borges de. Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Quintalha; LIXA, Ivone Fernandes Morcila. (orgs.). **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 14-34. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/PLURALISMO_JUR%C3%8DDICO/aYJnD

wAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=WOLKMER,+Antonio+Carlos%3B+VERAS+NETO,+Francisco%3B+LIXA,+Ivone+(orgs.).+Pluralismo+jur%C3%ADdico:+os+novos+caminhos+da+contemporaneidade.+2.+ed.+S%C3%A3o+Paulo:+Saraiva,+2013.&printsec=frontcover
Acesso em: 8 set. 2020.

CATUSO, Joseane. **Pluralismo Jurídico**: um novo paradigma para se pensar o fenômeno jurídico. Tese (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Programa de Pós-graduação da UFPR. Curitiba, ago./dez. 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Direito, Justiça e Sociedade. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.5, n.18, p. 58-65, 2002. Disponível em:
https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf
Acesso em: 28 mar. 2021.

COLOMBO, Cristiano. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Porto Alegre, 2012. (Apostila). Disponível em:
http://aulas.verbojuridico3.com/DPE_Processual/Civil_Cristiano_Colombo_08-11-12_Parte1.pdf Acesso em: 20 mar. 2021.

COSTA, Alexandre Araújo. **Teoria dialética do direito**: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho. Brasília: faculdade de Direito – UnB, 2017. Disponível em:
<https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22443/5/Teoria%20dial%C3%A9tica%20do%20direito%20-%20a%20filosofia%20jur%C3%ADdica%20de%20Roberto%20Lyra%20Filho%20-%20Alexandre%20A.%20Costa%2C%20Inocencio%20M.%20Coelho.pdf> Acesso em: 19 set. 2020.

COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. O Direito Achado na Rua: uma ideia em movimento. *In*: COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho; DALLARI, Sueli Gandolfi. (orgs.). **O Direito achado na rua**: Introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

COSTA, Ana Paula Motta; CARDOSO, Simone Tassinari. **Pluralismo jurídico e o pluralismo de fontes como instrumentos de efetividade social**. Disponível em:
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f827b5406c7aa5b4> Acesso em: 20 set. 2020.

DANIELE, Anna Luisa Walter de Santana. **Interpretação e mutação constitucional**. 2008. Tese (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

DANTAS, David Diniz. A Humanização da Justiça. Entrevista concedida a Mário Chimanovitch e Luiza Pastor. **Revista Istoé**, São Paulo, ed. 2601, p. 7-11, 5 maio 2004.

DINALLO, Andressa Rangel; SILVA, Samara Monayari Magalhães; EBAID, Rodrigues Westin. A influência dos princípios nas decisões judiciais. **Colloquium Socialis**, Presidente Prudente, v. 02, n. Especial 2, jul/dez. 2018, p.58-62.

Disponível em:

<http://www.unoeste.br/site/enepe/2018/suplementos/area/Socialis/Direito/A%20INFLU%C3%8ANCIA%20DOS%20PRINC%C3%8DPIOS%20NAS%20DECISOES%20JUDICIAIS.pdf> Acesso em: 30. mar. 2021.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A Decisão Judicial. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v.3, n.11, p. 24-42, 2000. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_24.pdf Acesso em: 22 mar. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Fontes do direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível

em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito> Acesso em: 10 mar. 2021.

Documentário o Direito Achado na Rua - UNB. Centro de Produção Cultural e Educativa Universidade de Brasília. Brasília. Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=Kvfefcllvj8> Acesso em: 11 nov. 2020.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio. Direito Achado na Rua: 30 anos de demandas sociais e a efetivação de direitos coletivos. Entrevista concedida a João Vitor Santos. **Revista do Instituto Humanistas Unisinos- IHU on-line**, São Leopoldo, 14 jan. 2020.

Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/595560-direito-achado-na-rua-30-anos-de-demandas-sociais-e-a-efetivacao-de-direitos-coletivos-entrevista-especial-com-antonio-escrivao-filho> Acesso em: 6 out. 2020.

FACÓ, Juliane Dias. Uma Análise da Fundamentação das Decisões Judiciais à Luz dos Princípios Constitucionais. **Revista Direito UNIFACS**, Salvador, n. 114, dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/877>

Acesso em 1 abr. 2021.

FAGUNDES, Machado Lucas. Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo. **Revista Amicus Curiae**, Santa Catarina, v. 13, n. 1, p. 169-173, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/amicus/about> Acesso em: 6 out. 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 1: parte geral. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRIBOGGI, Angela Maria. **A CONSOLIDAÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO NO SÉC. XXI: Uma Análise a Partir do Esgotamento das Bases Monista, Positivista, Liberal e Individualista do Estado Moderno**. 2009. Tese (Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no século XXI**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2019.

KRELL, Olga Jubert Gouveia; ALMEIDA, Plínio Régis Baima de; FREITAS, Janaina Helena de. Do monismo estatal ao pluralismo jurídico comunitário participativo: os movimentos de ocupação de entidades de ensino como novos sujeitos coletivos. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**, Alagoas, v. 8, n. 1, 2017.

LADEIRA, Beatriz Maria do Nascimento. **Compreendendo a Lei da Ficha Limpa**. Tribunal Superior Eleitoral, 2015. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciariaeleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-4-ano5/digressoes-sobre-as-doacoes-de-campanha-oriundas-de-pessoas-juridicas> Acesso em: 11 nov. 2020.

LAVALL, Tuana Paula; CAOVIALLA, Maria Aparecida Lucca. O pluralismo jurídico frente à crise do modelo monista estatal: apontamentos introdutórios. **Revista Jurídica do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro**, Fortaleza, v. 14, n. 2, jul./dez. 2017, p. 125-135.

LEMOS, Eduardo Xavier. **Considerações sobre o Humanismo Dialético e o Direito Achado na Rua**. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/consideracoes-sobre-o-humanismo-dialetico-e-o-direito-achado-na-rua/> Acesso em: 19 set. 2020.

_____. **Direito achado na rua, pluralismo jurídico, teoria crítica dos direitos humanos e a luta por direitos no presídio regional de Pelotas**. 2012. Tese (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

LOPES, Antônio. **Teoria Crítica em Roberto Lyra Filho**: uma aproximação dialética e pluralista. 2008. Tese (Mestrado em Direito na área de concentração em Filosofia do Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. São Paulo: Brasiliense, 2017. 1. ed. E-book. Disponível em:
https://books.google.com.br/books?id=6GgvDwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=o+que+%C3%A9+direito+roberto+lyra+filho&hl=ptBR&sa=X&ved=2ahUKEwj_m__3iwJbtAhVtkeAKHde2AigQ6AEwAHoECAUQA#v=o
nepage&q=o%20que%20%C3%A9%20direito%20roberto%20lyra%20filho&f=false
Acesso em: 11 nov. 2020.

MARTINS, Mauro Pereira. Os Princípios e a Normatividade Jurídica. *In*: CURSO DE CONSTITUCIONAL: normatividade jurídica, 2013, **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, p. 197-207.

MAY, Brigitte Remor de Souza. **A atuação do magistrado frente aos princípios constitucionais**: uma exigência no exercício jurisdicional. 2004. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica. Universidade do Vale do Itajaí, 2004.

MEDEIROS, Ruy Hermann Araújo; SOTERO, Ana Paula da Silva; AMORIM, Nadine Araújo. O pluralismo jurídico como forma alternativa de garantia social de acesso à justiça nas resoluções de conflitos de terra no estado democrático de direito. **Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC**, Dikè, XVI, publicação semestral, 2017, p. 194-230.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Felipe Costa Rodrigues. **Projeto Constituição na Escola**: A história e a necessidade do ensino. Migalhas, 2018. Disponível em:
<https://migalhas.uol.com.br/coluna/constituicao-na-escola/276859/projetoconstituicao-na-escola-a-historia-e-a-necessidade-do-ensino>
Acesso em: 12 nov. 2020.

NUNES, José Manoel Goes; MADOGLIO, Mariana Carvalho; SEROTINI, André. **O PÓS-POSITIVISMO**: conceituação através de uma breve pesquisa bibliográfica. Caderno de Doutrina e Jurisprudência, Escola Judicial, Campinas, v.7, n.1, p. 6-10, jan./ fev. 2011.

OLIVEIRA, Assis da Costa. O Direito Achado na Rua: Concepção e Prática. **Revista InSURgência**, Brasília, vol. 1, n.2, ano 1, p. 562-568, 2015.

OLIVEIRA, Filipe Torres de. **Direito e Moral**: uma reflexão prática sob a ótica de Robert Alexy. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012.

OLIVEIRA, Raquel de. Interpretação e Aplicação do Ordenamento Jurídico pelo Magistrado à Luz dos Princípios e Critérios Socionormativos. *In*: CURSO DE CONSTITUCIONAL: normatividade jurídica, 2012, **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, p. 244-253. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica.pdf> Acesso em: 28 mar. 2021.

PAIVA, Eduardo de Azevedo. Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, p. 51-59, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_51.pdf Acesso em: 28 mar. 2021.

PRADO, Áderson de Souza. **PLURALISMO JURÍDICO**. Trabalho acadêmico - Curso de Direito da Faculdade Atenas, Sete Lagoas/MG, 2007. Disponível em: http://www.atenas.edu.br/uniatenas/assets/files/magazines/PLURALISMO_JURIDICO_.pdf Acesso em: 8 set. 2020.

PONCHIROLLI, Rafaela. **O que são movimentos sociais?** Politize, 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/movimentos-sociais/> Acesso em: 15 nov. 2020.

RIBEIRO, Emmanuel Pedro. Notas introdutórias sobre o pensamento de Ehrlich. **Revista Data Venia**, Paraíba, ano III nº 19, setembro, 1998.

ROCHA, Olímpio de Moares. Pluralismo Jurídico: o novo paradigma contemporâneo? **Revista Data Venia**, Paraíba, v. 4, nº 2, p. 135-171, jul./dez.,2012.

SANTOS, Adriana Cecilio Marco dos; *et al.* **A importância do ensino de direito constitucional nas escolas**. Empório do direito, 2018. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-importancia-do-ensino-de-direitoconstitucional-nas-escolas> Acesso em: 15 nov. 2020.

SCHULER, Fernanda Rangel. Direitos humanos e pós-modernidade: a crise da razão e a valorização da ética numa sociedade globalizada. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 65, p. 219-241, jul./dez. 2014.

SCHREINER, Everton. **Como aprimorar o conhecimento?** Portal Agora Joinville, 2020. Disponível em: <https://www.agorajoinville.com.br/ler-coluna/945/como-aprimorar-oconhecimento.html> Acesso em: 15 nov. 2020.

SCUSSEL, Evilyn. **Pluralismo jurídico e democracia comunitário-participativa a partir da experiência do constitucionalismo boliviano.** 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC, 2019.

SEREJO, Lourival. **Comentários ao código de ética da magistratura nacional.** 1.ed. Brasília/DF: ENFAM, 2011.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. Entrevista a José Geraldo de Sousa Júnior. Entrevista concedida a Flávia Carlet. **Projeto ALICE, Espelhos Estranhos, Lições imprevistas**, Brasília, jan. 2014. Disponível em: <https://alice.ces.uc.pt/en/index.php/brazil/alice-interview-11-jose-geraldo-de-sousa-junior-flavia-carlet-23012014/?lang=pt> Acesso em: 24 fev. 2021.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. O Direito Achado na Rua: condições sociais e fundamentos teóricos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 10, n.4, p. 2776-2817, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n4/2179-8966-rdp-10-4-2776.pdf> Acesso em: 19 set. 2020.

_____. **Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua Experiências Populares Emancipatórias de Criação do Direito.** 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo; FONSECA, Livia Gimenes Dias da. O Constitucionalismo achado na rua – uma proposta de descolonização do Direito. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n.4, p. 2882-2902, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n4/2179-8966-rdp-8-4-2882.pdf> Acesso em: 19 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O direito achado na rua. Alguns apontamentos: Uma análise sociológica do direito. Entrevista concedida a Graziela Wolfart. **Revista do Instituto Humanistas Unisinos- IHU on-line**, São Leopoldo, ano IX, ed. 305, p. 22-23, 24 ago. 2009. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao305.pdf> Acesso em: 20 set. 2020.

TOLEDO, Lly Chaves de Moraes. **O direito achado na rua, sua concepção e prática**. Brasília/DF, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68998/o-direito-achado-na-rua-sua-concepcao-e-pratica> Acesso em: 8 set. 2020.

VERAS NETO, Francisco Quintalha. Pluralismo Jurídico-comunitário participativo, emancipatório, libertador como projeto de combate ao monismo jurídico neoliberal na América Latina. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 11, n. 1, p. 149-186, jan./jun. 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. **Pluralismo jurídico**: o espaço de práticas sociais participativas. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1992.

_____. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco; LIXA, Ivone (orgs.). **Pluralismo jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAMBAM, Neuro José; AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes. (Orgs.) **Pluralismo jurídico e direito das culturas**: ensaios. Porto Alegre: Fi, 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/uploads/perfil/5431/1513715384.pdf> Acesso em: 20 set. 2020.