

## FUNDAMENTOS DA PROPOSTA ALTERNATIVISTA: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Kairo Rangel de Azevedo Sakata<sup>1</sup>  
Maryelle Miranda<sup>2</sup>  
Pedro Neto Lino<sup>3</sup>  
Nínive Daniela Guimarães Pignatari<sup>4</sup>  
Walter Francisco Sampaio Filho<sup>5</sup>

### RESUMO

O objetivo deste trabalho é estudar os argumentos do movimento do Direito Alternativo, estabelecer seu real sentido, visando a uma interpretação do texto legal atrelada aos valores de justiça e equidade, parâmetros e medidas erigidos em fundamento pela Constituição Federal. É imprescindível uma pesquisa sociológica sobre a dogmática jurídica atendendo aos novos anseios da sociedade, com a finalidade de ressaltar a eficácia, a vigência e os fundamentos da norma jurídica, pontos determinantes do direito alternativo. O estudo será realizado por meio de pesquisa bibliográfica e método de raciocínio dialético, partindo-se de uma determinada situação problemática para confrontar posições doutrinárias, analisá-las e propor soluções sintéticas. Para a realização dos fins pretendidos, empregaram-se os métodos de procedimento comparativo e histórico com o estudo do conceito, gênese e percurso de consolidação dos diversos métodos interpretativos. Corroborando para uma maior compreensão serão analisados os argumentos de dois acórdãos que julgam conforme a concepção alternativista. O Direito Alternativo, em seu real sentido, não se difunde como antidireito, como negativa da ordem jurídica, mas sim como uma aproximação da lei a justiça no caso concreto, possibilitando a recriação e a revitalização da norma, dando-lhe calor, substância, substrato e vida. O direito dogmático, legalista, predominante até o início do século XX, não atende, em razão das transformações sociais, aos anseios da atual sociedade, que protestam e clamam pela aplicação alternativista da lei, voltada ao interesse da comunidade, à realidade social, à pacificação e ao atendimento do bem comum.

**Palavras-Chave:** Alternativismo. Hermenêutica. Interpretação Jurídica.

---

<sup>1</sup> Bacharelado do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV.

<sup>2</sup> Bacharelada do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV.

<sup>3</sup> Bacharelado do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV.

<sup>4</sup> Mestra em Teoria da Literatura pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV.

<sup>5</sup> Mestre em Direito pela Universidade de Franca – UNIFRAN. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV. Advogado.

*Kairo Rangel de Azevedo Sakata  
Maryelle Miranda  
Pedro Neto Lino  
Nínive Daniela Guimarães Pignatari  
Walter Francisco Sampaio Filho*

## **INTRODUÇÃO**

A corrente hermenêutica alternativista surgiu na década de 70, na Itália, tendo como inspiração, além do direito livre, o direito vivo e o jusnaturalismo. No Brasil, o movimento surge em meio à ditadura militar (mais precisamente na década de 80). Contudo, o movimento propalado pelos juristas do sul do Brasil, ganhou extrema força na década de 90, quando um importante órgão de imprensa escrita, “O Jornal da Tarde”, de São Paulo, representado pelo jornalista Luiz Makouf, publicou um artigo com a manchete “Juízes gaúchos colocam direito acima da lei”. Após, realizou-se o primeiro encontro internacional do Direito Alternativo na cidade de Florianópolis - SC.

Este pensamento contrapõe-se à escola dogmática que postula a soberania absoluta do texto da lei e a servidão do exegeta à letra da norma, expressa no brocardo in *claris cessat interpretatio*.

As teses contrárias à idéia alternativista afirmam que o Direito Alternativo se caracteriza pela negativa à lei e que este outorga poderes excessivos aos julgadores, que decidem a partir de seus sentimentos individuais de justiça.

Essas teses são brilhantemente refutadas por um dos expoentes do movimento, Amilton Bueno de Carvalho, em seu livro “Teoria e Prática do Direito Alternativo”, o qual afirma que:

A alternatividade luta para que surjam leis efetivamente justas, comprometidas com os interesses da maioria da população, ou seja, realmente democráticas. E busca instrumental interpretativo que siga a mesma diretiva (da radicalidade democrática). O que a alternatividade não reconhece é a identificação do direito tão só com a lei, nem que apenas o Estado produz direito, nem tão pouco que se dê à norma cunho de dogma (verdade absoluta, inquestionável), o que é diverso da negativa à lei. O que a alternatividade busca é novo paradigma, com superação do legalismo estreito, mas tendo como limites (ou conteúdo racional) os princípios gerais do direito, que são conquistas da humanidade e serão. (1998, p. 53).

A tese acima elaborada pode ser corroborada pela exemplificação de alguns dispositivos mencionados em nosso Código Penal, o qual define:

## **FUNDAMENTOS DA PROPOSTA ALTERNATIVISTA: UMA ANÁLISE CRÍTICA**

Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Art. 224 - Presume-se a violência, se a vítima:

a) não é maior de 14 (catorze) anos;

O Código Penal como já mencionado foi concebido em 1940, estes dispositivos citados padronizam as condutas, no caso concreto, como se todos os sujeitos submetidos a este diploma legal fossem igualmente culpados ou pior que isto, julgados e condenados de modo linear. Atualmente, observando a evolução social, não podemos desconsiderar, ao analisar o caso concreto, que as mulheres sofreram transformações psicológicas, bem como naturalística e que a nossa sociedade teve consideráveis modificações, tanto que hoje, em todos os meios de telecomunicações e nas escolas difundem-se claramente informações sobre relações sexuais. Com isso, a mulher menor de 14 anos tem maior consciência da importância e conseqüências da prática desse ato, razão pela qual, hoje, a presunção de inocência pode ser relativizada em certos casos. Assim, a aplicação do texto legal, de forma absoluta, por muitas vezes, causaria injustiça em nossa sociedade.

Enfim, o direito não surge como negativa à lei e nem mesmo atribui uma liberdade irrestrita ao julgador, pois este limita-se ao caso concreto, e aos princípios universais do direito, buscando a aplicação do direito justo e não *contra legem*, mas sim conforme os anseios da atual sociedade, visando validar o direito e não a norma absoluta.

Com intuito de melhor exemplificar o direito alternativo, apresentam-se a seguir análises de decisões alternativistas extraídas da apelação crime, nº 298001900, 5ª Câmara Criminal de Sobradinho e apelação crime, nº 297036758, 4ª Câmara Criminal – São Borja, as quais apresentam argumentações sustentáveis à luz do alternativismo.

### **1 PRÁTICA ALTERNATIVISTA**

Exemplo 1: Extraído de Carvalho (1998, v. 1, p. 139/144).

*Kairo Rangel de Azevedo Sakata  
Maryelle Miranda  
Pedro Neto Lino  
Nínive Daniela Guimarães Pignatari  
Walter Francisco Sampaio Filho*

Histórico – *GENI KLEIN FERREIRA* foi denunciada na Comarca de Sobradinho como incurso nas sanções do artigo 155, *caput*, c.c. o artigo 61, inciso I, ambos do Código Penal, porque no dia 19 de junho de 1996, em torno das 23h30min, subtraiu da residência de *Giselda de Brito*, um rádio AM/FM, avaliado em R\$20,00 e gêneros alimentícios – erva mate, café, arroz e bananas, avaliados em R\$8,31. Na ocasião, *GENI* participava de um jantar na casa de *Giselda*. Como chovia, os convidados ficaram até tarde, bebendo e assistindo à televisão. Na manhã seguinte, *Giselda* ficou sabendo por sua sogra *Lourdes Maria*, que *GENI* tinha praticado o furto.

Após o devido processo legal, o magistrado julgou procedente a acusação contida da denúncia para condenar *GENI KLEIN FERREIRA* às penas de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, arbitrada a unidade no mínimo legal, como incurso nas sanções do artigo 155, *caput*, c.c. o artigo 61, I, II, f, 'in fine', ambos do Código Penal.

Inconformada da r. sentença, *GENI* apresentou apelação –crime nº 298001900 – 5º Câmara Criminal – Sobradinho.

O Desembargador *Amilton Bueno de Carvalho*, relator, afirmou que a autoria e a materialidade estão devidamente comprovadas nos autos, contudo, a apelante não merece condenação, pois a relação entre as partes era de amizade. É possível que o álcool tenha sido a causa de tudo, portanto, a culpabilidade não alcança o que de comum acontece, é branda, suave e não agressiva. O valor da coisa é insignificante, mesmo para pessoas de pouca posse, afinal totalizou R\$ 28,31 (vinte e oito reais e trinta e um centavos), sendo um rádio (R\$ 20,00) e gêneros alimentícios (R\$ 8,31) – erva, café, bananas, arroz, sendo que o rádio foi recuperado, constando, porém um prejuízo de R\$ 8,31.

Diante do exposto, deram provimento ao apelo para absolver a apelante com base no artigo 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Analisando o exemplo acima, observa que a condenação oriunda da análise gramatical no caso concreto descrito, prevista pelo artigo 155, do Código Penal, seria injusta, pois agride o princípio da proporcionalidade da pena, tendo em vista que a esta seria desproporcional ao bem jurídico aqui tutelado, além de atentar

contra o princípio da bagatela, pois o valor da coisa subtraída é irrelevante ao direito penal.

Segundo os princípios estabelecidos pelos legalistas, essa decisão se mostra incoerente, pois por meio da aplicação de um silogismo a norma estabelece: quem subtrai deve ser punido, Geni subtraiu, logo deveria ser punida. Essa análise não é suficiente para alcançar o justo, pois é necessário analisar, além da norma, todo o nosso sistema jurisdicional, bem como a sua finalidade para assim atingir o seu fim proposto.

Exemplo 2 - Extraído de Carvalho (1998, v. 1, p. 69/79).

Histórico – *JOÃO MANOEL ALMEIDA DUBAL e SÍLVIO LUIZ BELMONTE ESCOBAR* foram processados e condenados na 1ª Vara Criminal da Comarca de São Borja, o primeiro, às penas de 1 (um) ano de prisão simples, regime inicial aberto, e, o segundo, à pecuniária de 100 dias-multa, ao valor diário de uma vez o maior salário mínimo vigente à época do fato, por incursos nas sanções do artigo 58, caput, do Decreto Lei 6.259/44, combinado com o artigo 29, caput, do Código Penal, ambos, e mais o artigo 7º, da Lei das Contravenções Penais ao primeiro, porque no dia 03 de junho de 1993, por volta das 23h30min, na Rua da Riachuelo nº 1368, na cidade de São Borja, em comunhão de vontades e conjunção de esforços, realizaram o denominado “jogo do bicho”, mantendo no referido local uma banca onde foi apreendido material utilizado na prática do referido jogo.

Inconformados da r. sentença apelaram. A apelação de *Silvio Luiz* foi recebida, e declarada intempestiva a de *João Manoel*. O primeiro arrazoa o apelo, aduzindo que sua conduta é, atualmente, atípica, pela incidência do jogo oficial em grande volume. Reclama a declaração de extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição, considerando a pena concretizada na sentença. O segundo interpôs recurso em sentido estrito, sustentando a inversão da ordem intimadora.

Encaminhado ao Tribunal, foi declinada a competência do feito para as Câmaras Criminais Recursais, que declarou extinta a punibilidade de *Silvio Luiz*, rejeitaram as preliminares de intempestividade do recurso e de inépcia da denúncia e negaram provimento à apelação de João Manoel.

Inconformados, afora *João Manoel* Recuso Especial e Recurso Extraordinário. Os autos foram conclusos ao 1º Vice-Presidente do Tribunal de justiça, que negou provimento às duas medidas recursais.

*Kairo Rangel de Azevedo Sakata  
Maryelle Miranda  
Pedro Neto Lino  
Nínive Daniela Guimarães Pignatari  
Walter Francisco Sampaio Filho*

Vieram os autos ao Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu pelo reconhecimento da prescrição a pretensão punitiva do apelante *Silvio Luiz*, o que fez com base no artigo 107, IV, do Código Penal. Com relação ao recurso em sentido estrito de *João Manoel Almeida Dubal*, deu-se provimento ao recurso declarando tempestiva a apelação interposta, declarando, ainda, ser inaceitável a aceitação de criminalidade do jogo do bicho na atual conjuntura social, especialmente pela severa concorrência do Estado na prática dos mais variados jogos, não é possível distinguir o jogo do bicho de outros, como as loterias de número, loto, sena, etc.

Carvalho (1998, v. 1, p. 71):

Em vez de punir um fato por ser típico, deve-se adequá-lo à realidade vigente, aos costumes sociais, enfim, à consciência coletiva. A lei deve ser interpretada para sociedade, e, ao que tudo indica, a coletividade não se interessa pela punição dos bicheiros, ao contrário já se inseriu a prática deste jogo na sociedade.

Face o exposto, o STF declarou extinta a punibilidade do apelante *SILVIO LUIZ BELMONTE ESCOBAR*, com base no artigo 107, IV, combinado com artigos 109, VI, 110, § 1º, e 114, II, todos do Código Penal e deu provimento ao recurso em sentido estrito interposto por *JOÃO MANOEL ALMEIDA DUBAR*, para receber a apelação interposta no juízo originário, declarando-a tempestiva, rejeitar a preliminar de inépcia da denúncia suscitada na apelação e dar provimento à apelação, com absolvição de *João Manoel de Almeida Dubar*, com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal, vislumbrando o princípio da adequação social.

O exemplo mencionado também correlaciona com os fundamentos alternativistas, pois conforme já mencionado o direito para ser atuante, deve acompanhar as mutações sociais, adaptando-se ao contexto histórico em que está inserido. Atualmente, a tutela proibitiva do artigo 58, caput, do Decreto Lei 6.259/44, não mais possui efetividade, o Estado concede o direito de realizar essas jogatinas de azar para algumas instituições e, diante do princípio da igualdade, não se pode conceder legitimidade para realizar esses atos somente para alguns. A nossa comunidade aceita em seu cotidiano a prática de jogos pela Lotérica, programas de

televisão, etc. Então, qual o fundamento de se punir quem realiza atos semelhantes ao que o próprio Estado perfaz?

Portanto, a norma não tem eficácia e efetividade na atual conjuntura social.

## **2 CONCEITOS FAVORÁVEIS À ESCOLA ALTERNATIVISTA**

Segundo Carvalho (1998, v. 1, p. 50):

*[...] o Direito Alternativo se caracteriza pela busca (desesperada e urgente) de um instrumental prático-teórico destinado a profissionais que ambicionam colocar seu saber-atuação na perspectiva de uma sociedade radical democrática. Uma atividade comprometida com a utópica vida digna para todos, com abertura de espaços visando à emancipação do cidadão, tornando o direito em instrumento de defesa/libertação contra qualquer tipo de dominação. O Direito enquanto concretização da liberdade.*

Segundo Tarso Fernando Genro, o uso alternativo não seria um ato arbitrário do juiz, mas um:

*Ato de construção de valores que já estão postos pela história no sentido da afirmação da liberdade humana, do direito à vida, da luta pela repartição do produto social, pela redução da desigualdade e pela defesa do produto do homem, preservando-lhe o ambiente e a natureza. Insiste o autor em que, quanto mais apegado ao texto da lei, mais “servil” é o juiz diante dos “poderosos” e mais “enérgicos” perante os socialmente fracos. (GENRO, 1991, p. 27, apud, GUANABARA, 2008).*

Benedito Calheiros Bomfim, advogado e ex-presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros também esclarece: *"Do desencontro entre a lei e o direito, entre códigos e justiça, nasce o direito Alternativo, que nada mais é do que a*

*Kairo Rangel de Azevedo Sakata  
Maryelle Miranda  
Pedro Neto Lino  
Nínive Daniela Guimarães Pignatari  
Walter Francisco Sampaio Filho*

*aplicação da lei em função do justo, sob a ótica do interesse social e das exigências do bem comum".*

A aplicação dessa dicotomia resta claramente demonstrada na leitura do alvitre de Benedito Calheiros Bomfim, o qual afirma:

*O Direito Alternativo nada tem de radical, de revolucionário. Na realidade, sua destinação é o rejuvenescimento, a revitalização do direito positivo, já envelhecido, engessado, por ter se atrasado em relação aos fatos, se distanciado da realidade.*

### **3 CONCEITOS CONTRÁRIOS À ESCOLA ALTERNATIVISTA**

A corrente alternativista enfrenta críticas, que abrangem tanto a sua aplicação, quanto à qualidade, liberdade e responsabilidade atribuída a seus aplicadores.

O Excelentíssimo Doutor Juiz do Tribunal Federal da 1ª Região, Dr. Eustáquio Silveira, esclarece:

*Não se permite que alguém, sem mandato popular, se arvore em legislador, pretenda aplicar o seu próprio e duvidoso direito, numa indiscutível ameaça à segurança jurídica. No dia em que cada juiz fizer a sua lei, a Justiça será para as pessoas uma verdadeira "loteria", em que quase sempre se perde e raramente se ganha.*

Segundo Callado (2006, p. 138):

[...] O direito alternativo não pode legitimar-se, portanto, nem pelo processo histórico de emancipação e de igualização das classes sociais, porque despreza a justiça em sua alta função equilibradora das exigências individuais e sociais no seio da família humana, nem pela ação dos juízes, os quais devem constituir elites propulsoras do verdadeiro progresso da ciência

jurídica (*lus tiam que iniusti scientia*) e guardiões da tradição da justiça.

#### **4 PONDERAÇÕES SINTÉTICAS**

Vê-se, pois, que ainda existem doutrinadores e magistrados que sustentam um posicionamento conservador com relação à interpretação da norma. Consideram que a conjugação dos métodos hermenêuticos tradicionais é suficiente para solucionar todos os casos de aplicação normativa e identificam na sentença um produto estrito da racionalidade humana (e não da razoabilidade), aproximando a lógica do direito (que é argumentativa e retórica) da lógica formal (que é racional e demonstrativa). Segundo a visão conservadora, dada uma premissa maior, que é sempre o texto da lei, e uma premissa menor, que recai sobre a narrativa dos fatos concretos, deve o juiz proceder a subsunção dedutiva, aplicando o dispositivo ao caso sem apreciar a justiça ou a adequação desse resultado. Para essa corrente, que aproxima a decisão judicial do silogismo, a sentença que extrapola essa função é potencialmente lesiva ao direito, pois viola a segurança jurídica e ameaça a tripartição dos poderes, tendo em vista que ao judiciário compete aplicar e não julgar, alterar ou revitalizar a norma.

Contudo, essas idéias mostram-se equivocadas e, por muitas vezes, os críticos acabam divergindo, desviando a real finalidade do alternativismo. Callado menciona que o Direito Alternativo fundamenta-se pela igualização das classes sociais, o que na verdade não corresponde ao objetivo proposto. O alternativismo postula não apenas o nivelamento social e a redução das desigualdades, mas que os agentes aplicadores do direito acompanhem as evoluções e as transformações sociais, para que a norma possa ser revitalizada e não se desvie da sua finalidade, que é o alcance da justiça.

O direito é um fenômeno social e, assim sendo, deve viver em evolução para poder acompanhar a constante metamorfose da sociedade. A codificação e o legalismo defendidos pelos que preconizam a soberania absoluta da norma, por meio da servidão do exegeta à letra dos dispositivos, fazem com que o direito não atinja seus fins.

Assim, deve ser possível ao aplicador julgar com razoabilidade, ainda que de forma contrária à lei por meio não apenas da exegese baseada nos métodos

*Kairo Rangel de Azevedo Sakata  
Maryelle Miranda  
Pedro Neto Lino  
Nírive Daniela Guimarães Pignatari  
Walter Francisco Sampaio Filho*

hermenêuticos tradicionais - lógico, sociológico, gramatical, teleológico, sistemático – mas também considerando a sensibilidade e a consciência do julgador, adquirida na experiência humana e no cotidiano jurídico, considerando sempre como pauta os princípios constitucionais. A interpretação da norma segundo os critérios puramente racionais e gramaticais tem-se mostrado ofensiva aos valores superiores de equidade e justiça, parâmetros erigidos em fundamentos por nossa Constituição.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O aplicador da norma deve considerar que a lei é meio e o fim é a justiça. A norma pode ser desconsiderada quando atenta contra os princípios de justiça. Portanto, o intérprete percebendo que o objetivo visado pelo Poder Legislativo no momento da elaboração da norma, não mais existe, deve desconsiderá-la.

A escola alternativista aproxima a lei do caso concreto buscando aplicar, na tutela jurisdicional, os princípios gerais do direito, para que seja alcançada a justiça, possibilitando a renovação da norma, dando-lhe eficácia, efetividade e vigência. A justiça abrange o conceito de lei, contudo, é mais que norma: é fato, valor e princípios que se correlacionam entre si por meio de uma dialética de complementaridade.

A Escola Alternativa é a única solução para o caos que o Poder Judiciário enfrenta atualmente.

*Kairo Rangel de Azevedo Sakata  
Maryelle Miranda  
Pedro Neto Lino  
Nírive Daniela Guimarães Pignatari  
Walter Francisco Sampaio Filho*

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Bruno de Parreira Xavier. **Direito Alternativo**. Uma contribuição à teoria do direito em face da ordem injusta. Curitiba: Juruá, 2002.

BOMFIM, Benedito Calheiros. **O uso do direito alternativo**. Disponível em: [www.solar.com.br](http://www.solar.com.br)

CALLADO, Gilberto de Oliveira. **Direito alternativo**. A Verdadeira Face do Direito Alternativo. 4. Ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo**. Teoria e Prática do Direito Alternativo. 1. ed. Porto Alegre, Síntese. 1998. 1 v.

GENRO, Tarso Fernando. Os juízes contra a lei, in Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), **Lições de direito alternativo**, 1991. p.27. vol.1

SILVEIRA, Eustáquio. **O (verdadeiro) movimento pelo direito alternativo**. Disponível em: [www.infojus.com.br](http://www.infojus.com.br). Acesso em 01 de junho de 2009.