

ANÁLISE DE CASO E CRÍTICA AO DOGMATISMO

ANALYSIS CASE AND CRITIQUE OF DOGMATISM

Samuel Barbosa de Carvalho¹
Mauro Régis Dias da Silva Júnior²
Ana Luíza Ângelo Rodrigues³

Recebimento em julho de 2014.

Aprovação em agosto de 2014.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo realizar uma abordagem crítica da decisão proferida pelo juiz Rafael Gonçalves de Paula nos autos nº124/03 da 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas/TO, referente ao caso do furto de duas melancias. Para demonstrar a ineficácia do positivismo e do dogmatismo jurídico serão trabalhadas as teorias de Ronald Dworkin, Roberto Lyra Filho e do Direito Alternativo, contrapostas às de Hans Kelsen.

Palavras-chave: Positivismo. Dogmatismo. Crítica. Direito Alternativo. Princípios.

Abstract: This work aims to do a critical approach of the decision made by the judge Rafael Gonçalves de Paula on the court records nº124/03 of the 3rd Criminal Division from Palmas/TO District, referring to the stealing of two watermelons. To demonstrate the ineffectiveness of positivism and dogmatism will be used Ronald Dworkin, Roberto Lyra Filho and “Alternative Law” theories, opposed to Hans Kelsen’s ideas.

Keywords: Positivism. Dogmatism. Critique. Alternative Law. Principles.

1 SOBRE O CASO

O caso a ser trabalhado pelo presente artigo trata da prisão em flagrante dos irmãos Saul Rodrigues Rocha e Hagamenon Rodrigues Rocha pelo furto de duas melancias. O caso foi julgado pelo juiz Rafael Gonçalves de Paula, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas-TO, cuja decisão foi proferida no processo nº 124/03. Dois pontos chamam atenção na decisão do magistrado: a fuga ao rigor técnico e os argumentos utilizados.

Visando uma melhor compreensão dos fatos, faz-se necessária a transcrição da decisão do juiz, que está presente nos autos nº124/03 da 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas/TO. Sendo assim, segue a transcrição dos autos:

Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha e Hagamenon Rodrigues Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias. Instado a se manifestar, o Sr. Promotor de Justiça opinou pela

¹ Pós-graduado em Direito Eleitoral pela Universidade Federal do Piauí -UFPI/TRE-PI. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí – UESPI. Licenciado em História pela UFPI. Advogado. Teresina-PI, Brasil. Email: samuelbarbosadecarvalho@yahoo.com.br

² Estudante do curso de Direito da Universidade Federal do Piauí – UFPI, Teresina-PI, Brasil.

³ Estudante do curso de Direito da Universidade Federal do Piauí - UFPI, Teresina-PI, Brasil.

manutenção dos indiciados na prisão. Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Ghandi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados que sonegam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional). Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém. Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário. Poderia brandir minha ira contra os neo-liberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização européia. Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra - e aí, cadê a Justiça nesse mundo? Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade. Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir. Simplesmente mandarei soltar os indiciados. Quem quiser que escolha o motivo. Expeçam-se os alvarás. Intimem-se.

2. DWORKIN, PRINCÍPIOS E ROMANCE EM CADEIA

Ronald Dworkin, jurista norte-americano, apesar de ter desenvolvido sua teoria voltada para um sistema jurídico diferente do brasileiro (nos Estados Unidos tem-se a *commom law*, enquanto que no Brasil é *civil law*), isso não torna impossível a tarefa de relacionar suas teorias ao direito brasileiro, principalmente no que se refere aos princípios e ao “romance em cadeia”.

Faz-se necessária, então, uma breve explicação do pensamento de Dworkin para percebe-se que a decisão do juiz adequa-se ao que Dworkin chama de “melhor resposta correta. O teórico considera que princípios são “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” e que o Direito não é formado só das normas, mas do conjunto de normas e princípios. A diferença entre regras e princípios, como o autor próprio explica, é lógica. Enquanto que as normas são aplicadas num critério de *all or nothing*, ou seja, ou é válida e aplicável ao caso concreto ou não; todavia, aplicação dos princípios a um caso concreto não é de forma obrigatória. Os princípios apresentam uma dimensão de peso e importância, o que faz com que dois princípios possam entrar em conflito quando relacionados a um caso concreto, sendo aplicado então o que mais se encaixa na situação o que não significa que o outro princípio foi retirado do sistema.

Além disso, Dworkin defende a teoria do “romance em cadeia”, na qual o juiz tem que decidir com coerência com a jurisprudência (as decisões anteriores) e tem que levar em

conta que sua decisão fará parte da jurisprudência e será usada como referência no futuro, como um romance que é escrito por vários autores, cada um responsável por um capítulo e que deve parecer que foi escrito apenas por um autor. Essa coesão entre as decisões é o que provoca a segurança jurídica, ou a previsibilidade. Cabe observar que a coerência entre as decisões não significa que elas têm que ser iguais, afinal, o direito não é estático. Os magistrados tem a função hercúlea de interpretar o ordenamento para se chegar a ‘melhor resposta correta’, que seja coerente com os princípios. Nas próprias palavras de Dworkin: "os juízes deveriam interpretar uma lei de modo a poderem ajustá-la o máximo possível aos princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito."

No caso trabalhado, percebe-se a preocupação do juiz em adequar sua decisão aos princípios da justiça, até mesmo dentro de sua argumentação, na qual ele menciona, por exemplo, o princípio da irrelevância jurídica e o princípio do furto famélico. Este segundo refere-se aos furtos cometidos em função da fome, “é praticado por quem, em estado de extrema penúria, é impelido pela fome, pela inadiável necessidade de se alimentar”. O princípio da irrelevância jurídica, conforme o professor Luís Flávio Gomes, aplica-se à infração bagatelar, que “expressa o fato de ninharia, ou seja, de pouca relevância. A infração bagatelar é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não necessita da intervenção penal”.

A decisão do magistrado Rafael Gonçalves de Paula fugiu dos padrões de decisões jurídicas, tanto na sua estrutura quanto na sua argumentação. Mas mesmo destoando das decisões anteriores, a decisão do juiz foi a melhor decisão correta, pois ele levou em conta o contexto do caso. Nas palavras de Dworkin:

Uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível, e uma interpretação de qualquer parte de nosso direito deve, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridade anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias”. O próprio juiz apresentou em sua argumentação, corroborando o furto famélico e o princípio da irrelevância jurídica, quando afirma que “mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário.

Assim, percebe-se que mesmo com as diferentes realidades entre o sistema jurídico de *commom law* norte-americano e o sistema brasileiro de *civil law*, as teorias de Dworkin podem ser relacionadas com o contexto brasileiro, principalmente no que se refere ao “romance em cadeia” e aos princípios.

3. DIREITO ALTERNATIVO E A DECISÃO PELOS DESFAVORECIDOS

O Direito Alternativo surgiu na Itália, na década de 70, tendo como influências o direito vivo, o direito livre e o jusnaturalismo. O Direito Alternativo brasileiro ganhou foco na década de 90, quando um importante jornal de São Paulo, chamado de Jornal da Tarde, publicou a manchete “Juízes gaúchos colocam direito acima da lei. Um dos expoentes do movimento, Amílton Bueno de Carvalho, define a alternatividade como “atuação jurídica comprometida com a busca de vida com dignidade para todos, ambicionando emancipação popular com abertura de espaços democráticos, tornando-se instrumento de defesa/libertação contra a dominação imposta.” (CARVALHO, 1992, p. 89). Além disso, ele explica o que busca o Direito Alternativo:

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.” (CARVALHO, 1998, p. 53).

O Direito alternativo se divide em três atividades prático-teóricas: Positivismo de Combate; uso alternativo do Direito e Direito Alternativo em sentido estrito. O Positivismo de Combate, ou como prefere Amílton Bueno, positividade combativa é a luta pela concretização das leis que atendem foram positivadas e atendem os anseios da população. Luta pelo cumprimento da lei positiva no Direito Alternativo soa estranho, pois muitos acreditam que os magistrados que fazem parte do movimento alternativista não tem apego à lei e podem decidir *contra legem*. O Direito Alternativo adotam a Constituição Federal e seus princípios como norma norteadora, e através de uma interpretação social das leis, buscam atender às classes menos favorecidas. O uso alternativo do direito, como explica Lédio Rosa em “O que é Direito Alternativo?”:

[...] processo hermenêutico pelo qual o interprete dá à norma legal um sentido diferente daquele pretendido pelo legislador de direita ou pela classe dominante. Assim se realiza-se uma exegese extensiva de todos os textos legais com cunho popular e uma interpretação restritiva da leis que privilegiam as classes mais favorecidas” (ANDRADE, 2004)

Por fim, tem-se o Direito Alternativo em sentido estrito, que consiste na ótica pluralista do Direito, no Direito que ainda não existe na condição de lei e está com ela competindo, nas ruas, como por exemplo, o Movimento dos Sem Terra.

A base, então, do Direito Alternativo, é a decisão em prol dos desfavorecidos, a maior parcela da sociedade civil, buscando atender os anseios da sociedade, em função da justiça. Voltando à decisão do juiz Rafael Gonçalves de Paula, percebe-se que a base do seu fundamento é a condição social em que os acusados se encontram somada a irrelevância do ato cometido. Nas suas próprias palavras:

[...] a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados que sonogam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional). Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém. Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário.

Nota-se, então, que a decisão do magistrado para esse caso concreto está em total acordo com a perspectiva alternativa do Direito. Foi uma fundamentação bastante ousada, quando ele critica não só os políticos, como o sistema penitenciário brasileiro. Em sua decisão, apesar de não apontar nenhum artigo específico que a corrobore, o juiz enumera diversos princípios e razões que levariam outros juízes a decidirem de forma semelhante. Não foi uma decisão *contra legem*, percebe-se que o juiz não fugiu do que diz a Constituição. No entanto, assim como o Direito Alternativo defende, ele usou da interpretação, dos princípios em face do contexto social, para formular uma decisão que atende à classe menos favorecida.

4. ROBERTO LYRA FILHO

Roberto Lyra Filho busca as origens da Ciência Dogmática do Direito e a crítica, demonstrando que o dogmatismo reflete a cristalização de posturas conservadoras que somente servem à função de apoiar a estrutura dominante da sociedade por meio da ideologia que melhor convém.

Partindo do conceito de dogma, que se define como uma crença ou doutrina determinada por uma religião, ideologia ou outra organização e que se estabelece como fundamental e inquestionável.

A atitude do juiz no caso analisado foi de acordo com o pensamento de Lyra Filho, uma vez que contradiz os dogmas jurídicos segundo os quais os réus deveriam ser presos após o furto das melancias sem que essa decisão fosse questionada.

Lyra investigou os significados da palavra dogma, analisando as ligações do dogmatismo com o conservadorismo, de modo que resultou no esclarecimento das relações entre a dogmática jurídica e a teologia. Do mesmo modo que a teologia procura conhecer os dogmas religiosos, a dogmática jurídica procura unicamente o conhecimento sobre os dogmas do Estado, ou, de modo mais abrangente, sobre os padrões determinados pela sociedade, mais especificamente, pelas classes sociais que tomam as decisões, o que leva à tomada das decisões estatais como sagrado.

Tais decisões são tidas como dogmáticas porque se apoiam no argumento da autoridade sem a necessidade de alguma demonstração do porque. Uma vez admitido o valor dogmático do direito do Estado, qualquer tipo de abertura para o social pode ser feita apenas como um exercício hermenêutico, no qual se busque definir um sentido socialmente adequado para as normas do Estado, sem discutir radicalmente a sua posição dentro do próprio direito.

Lyra Filho chama essa atitude para com o Direito de positivismo de esquerda, que fundamenta o uso alternativo do Direito, através do qual se estuda e explora as lacunas e contradições do Direito para beneficiar aqueles que são oprimidos pela sociedade, ao invés de utilizar o Direito como método para reforçar a dominância das classes opressoras. Embora admita a importância prática desse tipo de postura, Lyra Filho a considera insuficiente, na medida em que apenas a elasticidade do Direito é explorada, não há uma discussão sobre a validade ou não de certa norma, não é permitida uma decisão *contra legem*, por exemplo.

Desse modo, mesmo que o positivista queira ser socialmente engajado, não deixa de estar preso ao normativismo ao afirmar, de forma dogmática, que os juristas devem conhecer o conjunto de normas que tem validade reconhecida pelo Estado. Lyra Filho deixa bem clara esse contraste entre positivismo e engajamento social: para ele o positivista pode apenas desejar a mudança social adequando a sociedade ao direito já posto, por outro lado, o jurista engajado deve manter uma postura crítica diante do próprio direito posto.

Neste sentido, é vital para ambos o entendimento das problemáticas que o Direito, como conhecemos, encara e provoca na sociedade, ainda mais diante do discurso jurídico com grande cunho de dominação, no sentido de imposição de normas no mais das vezes não representativas da vontade da população, e que passam aos olhos dos profissionais de Direito como atos, senão normais, ao menos contra os quais não há nada que se possa fazer. É sob

pena da perpetuação jurídica das desigualdades e exclusões sociais observadas no cotidiano que a capacidade de se indignar, da raiva, surge como condição para um curso jurídico crítico:

O que precisamos é a capacidade de ir mais além de comportamentos esperados, é contar com a curiosidade crítica do sujeito, sem a qual a invenção e a reinvenção das coisas se dificultam. O que necessitamos é o desafio à capacidade criadora e à curiosidade que nos caracterizam como seres humanos e não deixá-las entregues ou quase entregues a si mesmas (...) Seria horrível se tivéssemos a sensibilidade da dor, da fome, da injustiça, da ameaça, sem nenhuma possibilidade de captar a ou as razões da negatividade. Seria horrível se apenas sentíssemos a opressão mas não pudéssemos imaginar um mundo diferente, sonhar com ele como projeto e nos entregar à luta por sua construção (...) A liberdade não se recebe de presente, é bem que se enriquece na luta por ele, na busca permanente, na medida mesma em que não a vida sem a presença, por mínima que seja, da liberdade.

Diante dessa realidade, Lyra propõe a construção de uma ciência jurídica que não se tem como neutra, mas que adota uma postura ideológico e axiológica, que não procura descrever o direito posto, mas transformar a sociedade, e que toma partido e se engaja, seguindo o Direito que não é o positivo protegido pelos dogmas jurídicos. Em suas próprias palavras:

O que, hoje, o jurista tradicional perde de vista é que essa teorização nunca teve sentido perene, antes desempenhando uma função histórica, e que a tentativa de perpetuá-la ideologicamente corresponde ao domínio burguês, não mais como força histórico-social renovadora, e sim de prepotência exasperada, no crepúsculo e agonia de um sistema superado.

Dessa forma, em vez de propor um Direito que pretende oferecer uma descrição da realidade existente, Lyra Filho propõe um Direito que busca ser justo, e que contribua para a implantação do projeto socialista de emancipação social. Essa opção por priorizar a transformação, e não a descrição, é o caminho pelo qual Lyra Filho rejeita o positivismo e afirma a necessidade de elaborar uma teoria dialética do direito, que ele passou a chamar de humanismo dialético.

CONCLUSÃO

A decisão do juiz vai contra o dogmatismo jurídico criticado por Lyra Filho, é uma decisão de cunho alternativo, em acordo com os princípios do Direito Alternativo defendidos por Amílton Bueno.

Há de se admitir, que a suposta neutralidade jurídica, no que tange aos direitos humanos, é, diversas vezes, na realidade um apoio disfarçado ao sistema estabelecido, e a

dogmatização desse direito faz com que questionamentos não sejam levantados e essa realidade seja aceita.

Segundo Kelsen o ordenamento jurídico é dotado de plenitude hermética, significando que todas as possibilidades são contempladas pelo código, ele nega a existência de lacunas ou de “interpretações alternativas” das normas postas. Esse positivismo castra a criatividade do jurista e o impede de levar suas ideologias em consideração durante uma decisão.

É preciso analisar, no entanto, por quem foi confeccionado o código que temos atualmente. Não foram os oprimidos, não foram aqueles que precisam de amparo e proteção contra a opressão de um grupo dominante. O código foi confeccionado pelo grupo que estava no poder na época de sua confecção, e que é o mesmo grupo que se encontra no poder atualmente. Caso tomemos como verdade a plenitude hermética do código, todas as chances de explorar pontos de dualidade neste mesmo código em favor daqueles que precisam se perdem.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. **O que é direito alternativo?**. Disponível em <<http://www.lediorosa.com.br/direito/textos/o-que-e-direito-alternativo/>>. Acesso em: 20 de Julho de 2014.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

_____. **Teoria e Prática do Direito Alternativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COSSO, Roberto. **Promotor defende prisão de dois ladrões de melancia**. Disponível em <<http://www.ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/40454/promotor+defende+prisão+de+dois+ladros+de+melancias.shtml>>. Acesso em: 20 de Julho de 2014.

COSTA, Alexandre Araújo. **Análise crítica: os pressupostos da teoria lyriana**. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/artigos/humanismo-dialetico-a-filosofia-juridica-de-roberto-lyra-filho/5-analise-critica-os-pressupostos-da-teoria-lyriana>>. Acesso em 22 de Julho de 2014.

_____. **Teoria dialética do direito: para um direito sem dogmas**. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/artigos/humanismo-dialetico-a-filosofia-juridica-de-roberto-lyra-filho/1-teoria-dialetica-do-direito-para-um-direito-sem-dogmas>>. Acesso em: 21 de Julho de 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da insignificância e outras excludentes da tipicidade.** São Paulo: RT, 2009.

LYRA FILHO, Roberto. **Para um Direito sem dogmas.** Porto Alegre: Fabris, 1980.

PELLIZZETTI, Rafael Antônio. **Juiz manda soltar homens acusados de roubar melancia.** Disponível em: < http://rafaelpellizzetti.jusbrasil.com.br/noticias/116661813/juiz-manda-soltar-homens-acusados-de-roubar-melancia?utm_campaign=newsletter&utm_medium=email&utm_source=newsletter>. Acesso em 15 de Julho de 2014

RIBEIRO, Igor Veloso. **Direito Alternativo como um movimento transformador da realidade social brasileira.** Disponível em: <<http://www.pge.ro.gov.br/wp-content/uploads/2012/07/Direito-alternativo-%C3%A9-uma-norma-desviante-em-face-%C3%A0-legalidade-estatal2.pdf>>. Acesso em: 25 de Julho de 2014.