

A Aplicação do Direito e a Lei Injusta

Ricardo Pereira Lira

Sumário: I - A aplicação do direito. Diagnose do fato. Diagnose do direito. Crítica formal da norma. Crítica substancial da norma. Interpretação. Subsunção. Lacunas do ordenamento e seu suprimento: analogia, costumes e princípios gerais do direito. II - Uso alternativo do direito. Direito alternativo *stricto sensu* e pluralismo jurídico. Direito insurgente. III - Os direitos fundamentais na Constituição da República.

A aplicação do direito é um fenômeno nemiamente dinâmico, que se não limita a um só momento, a um só instante, mas se desdobra em fases sucessivas e indeclináveis.

Ela implica na percussão do fato com a norma jurídica - preceito comum e abstrato, emanado do poder competente e provido de sanção - ou, se se desejar, a aplicação do direito é o encontro de uma fatia da realidade com o ordenamento jurídico, conjunto de normas protegido por uma sanção externa e institucionalizada.

Até chegar-se a esse resultado, em que o geral se individualiza, em que o abstrato se concretiza, operações há que se vão desenvolver necessariamente, e que são as seguintes:

- (a) diagnose do fato;
- (b) diagnose do direito;
- (c) crítica forma, da norma;
- (d) crítica substancial da norma;
- (e) aplicação da norma ao fato diagnosticado.

Vejamos em breve relance cada qual desses estágios.

(a) O diagnóstico do fato consiste na consideração dele dentro de seus próprios contornos, despido de qualquer conotação jurídica, visto fora da esfera do direito.

(b) O diagnóstico do direito procura determinar se esse fato é regulado

pelo direito, e, em caso positivo, qual a norma aplicável, em que extensão o fato nela se enquadra. É a qualificação jurídica do fato. Já se o tem dentro da esfera jurídica, examinado não mais isoladamente, mas em confronto com o direito. Define-se o fato juridicamente. Diante do fato, se analisa, por exemplo, se as partes celebraram um contrato. Se esse contrato é de direito público ou de direito privado? Em sendo de direito privado, se o contrato é de direito civil ou de direito comercial? Haverá preceito legal regulando expressamente o contrato? Qual será esse preceito? Chega-se, então, à norma.

Não se estará sequer na metade desse caminho difícil e penoso da aplicação do direito.

Localizada a norma, passa-se à

(c) crítica formal dela. Apura-se a autenticidade e a exatidão do conteúdo da norma, através do exame dos autógrafos e documentos que a divulgam. Não é atividade desimportante, como possa parecer, sobretudo quando não se tenha, como entre nós, o monopólio da publicação das leis e atos administrativos pelas entidades oficiais, ocorrendo não muito raramente a divulgação de textos legais e regulamentares inçados de erros materiais.

Continua o processo com a

(d) crítica substancial da norma. Cuida-se, agora, dos requisitos intrínsecos, da legitimidade e eficácia da norma. Verifica-se (i) se a norma foi elaborada, sancionada, promulgada e publicada pelo poder competente, se esse poder se conservou nos extremos das suas atribuições; (ii) se a norma é constitucional; (iii) em se tratando de norma de hierarquia inferior, se ela não exorbitou do campo de aplicação da normação prevalente; (iv) em se cuidando de organização federativa como a nossa, se se está diante de norma editada na área de competência concorrente entre a União Federal, os estados federados e os municípios, caso em que vingar-se-á o critério hierárquico, ou se se está em face de norma editada na área da competência específica, caso em que a norma estadual específica preponderará sobre a norma federal abusiva, ou em que a norma municipal prevalecerá sobre a norma estadual ou federal eventualmente agressiva da competência local; (v) se a norma está em vigor, explícita ou implicitamente, revogada ou abrogada, isto é tirada de vigência parcial ou totalmente; se a norma aguarda a *vacatio* para tornar-se plenamente eficaz; se a norma é de vigência temporária, tendo-se exaurido sua força pelo só decurso do tempo assinado; se a norma é de ordem pública, não se tolerando estipulações que lhe sejam contrárias, ou se é de natureza supletiva, existindo para incidir apenas quando as partes tenham silenciado sobre a matéria que constitui o seu objeto.

Encerradas a crítica formal e a crítica substancial da norma, iniciasse a sua

(e) interpretação, atividade destinada a fixar o verdadeiro sentido e alcance da norma.

Por mais clara que seja a norma, ela será sempre interpretada. Ao alcançar-se a convicção da clareza da norma, ela já terá sido interpretada.

Pode acontecer que o legislador tenha dito, ao enunciar o comando, menos do que queria - *minus dixit quam voluit* -, e assim o trabalho do intérprete fará com que a norma e o fato se encontrem, e aconteça a aplicação do direito, operando-se a chamada interpretação extensiva da norma: o fato não está alcançado pela literalidade da norma, mas o trabalho do intérprete, valendo-se dos princípios da hermenêutica, faz com que o fato esteja no âmbito de portada da norma.

Ocorre, assim, a subsunção, que é o encontro do fato (concreto) com a hipótese legal abstratamente prevista na norma.

Pode ocorrer que o esforço interpretativo não seja suficiente para encontrar o fato dentro do campo de aplicação da norma.

Nesse ponto, as soluções variam em função da natureza da norma em cujos domínios esteja o intérprete trabalhando.

No ordenamento jurídico-penal, por exemplo, estar o fato fora do âmbito da norma, significa a impossibilidade de o Estado punir o agente, já que ninguém pode ser punido senão por crime anteriormente definido em lei: é o princípio da reserva legal.

No ordenamento jurídico-tributário, se determinado fato está fora do âmbito da norma, tal fato não pode gerar obrigação de pagamento de tributo.

Não há qualquer lacuna no ordenamento jurídico nessas duas hipóteses consideradas. O que sucede, no primeiro caso, é que se a norma penal não incluiu aquele fato na portada da lei é porque aquele fato não é penalmente punido. No Segundo caso, se a norma fiscal não contemplou determinado fato na sua portada, é porque o Estado não considera tal fato gerador da obrigação de pagamento de tributo.

No direito privado, contudo, a solução é diversa. O Direito não tem lacunas. O ordenamento jurídico é que as tem, e o intérprete tem de recorrer aos meios de integração previstos para supri-las.

Entende-se o ordenamento como pleno, não sendo lícito ao aplicador

abster-se de fazer incidir em determinado fato jurídico uma certa norma, sob a alegação de omissão do ordenamento.

Se há fato jurídico e esse fato não entra no âmbito de incidência de qualquer norma legal, o aplicador recorrerá aos processos de integração destinados a assegurar a inteireza, a completude do ordenamento: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

O art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, dispõe: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

A analogia consiste na aplicação da norma a fatos outros que não estejam no seu âmbito de incidência, sendo os fatos da norma e esses outros fatos iguais em sua essência. É o critério da harmônica igualdade, de que fala a doutrina (Ruggiero, "Instituições de Direito Civil", vol. I, § 17), fazendo com que certa norma se aplique a caso nela não previsto.

O costume é a norma criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que observa de modo constante e uniforme ao longo de determinado lapso de tempo (longa consuetudo) determinado comportamento, com a convicção de que, assim agindo, atende a uma necessidade jurídica (opinio iuris et necessitatis) . Sua admissão não nega a estatalidade do direito, pois o costume só é costume jurídico na medida em que recebe o reconhecimento do Estado, pelos modos e procedimentos estabelecidos pelo próprio Estado. Não entramos aqui na análise da possibilidade do pluralismo jurídico.

Quanto aos princípios gerais de direito, cuja definição oferece campo a controvérsias, Vicente Rao, na sua conhecida obra "O Direito e a Vida dos Direitos", observa que

"o intérprete, a quem também incumbe realizar a restauração orgânica do direito, deve percorrer os seguintes graus progressivos de investigação, até alcançar o princípio que procura, capaz de resolver o caso concreto:

- (a) o sistema jurídico da legislação de que se trate;
- (b) as leis científicas do direito;
- (c) a filosofia do direito, que nos ensina os princípios fundamentais, os mais amplos, inspiradores de todos os ramos da ciência jurídica e constitutivos da unidade do conhecimento do direito".

Vale lembrar que o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, preceitua: "Na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às experiências do bem comum".

O problema se põe quando o aplicador do direito, depois de passar por esses vários estágios, alcança uma solução absolutamente injusta, que desatende aos fins sociais a que o direito se dirige e aos valores fundamentais que, axiologicamente, não de ser colimados.

Surgiu, então, a concepção de um direito alternativo, buscando soluções, além dos critérios de integração, avançando além dos próprios princípios gerais de direito, quando a aplicação do direito se torne insatisfatória, sem atender aos reclamos da Justiça Social.

Essa concepção nascida na Itália, no início da década de 70, com Pietro Barcellona, Giuseppe Cotturi e outros, advoga o uso alternativo do direito, servindo ao processo de emancipação da classe trabalhadora na luta contra a classe burguesa e capitalista. Não se cuidaria de fazer a revolução via Direito, mas de reconduzir as interpretações jurídicas progressistas ao desenvolvimento das contradições sociais, buscando restituir aos trabalhadores a capacidade criadora da história (Amilton Bueno de Carvalho, "Lições de Direito Alternativo" - ed. Acadêmica, 1991, pags. 54/55)

Luigi Ferrajoli, que há alguns anos esteve presente em um seminário sobre direito alternativo, realizado no Rio de Janeiro, observa que o uso alternativo no direito trata de colocar, no possível, o direito e os juristas ao lado dos que não têm poder.

Várias são as críticas que inúmeros juristas formulam contra essa concepção, desde a observação de que não será possível admitir a alternatividade de ordenamentos jurídicos, como se fosse possível uma disjunção de comandos e imposições, até a afirmação que dita concepção resulta, enfim, na adoção da escola do direito livre, em que o aplicador formularia a regra para solução do conflito concreto posto à sua frente.

Não há dúvida quanto ao fato de que a concepção do direito alternativo sofre a primeira desvantagem da absoluta impropriedade da denominação, padecendo também a nosso ver do pecado de uma falta de dogmática que lhe permita assumir as galas de um sistema.

Tudo isso decorre, a nosso ver, do fato de que a concepção do direito alternativo é filha direta da crise paradigmática, que marca os tempos de hoje, em que valores e direitos fundamentais precisam impor-se e ser efetivamente reconhecidos.

O que importa registrar é que, ao longo dos tempos, em nossa realidade, temos tido hipóteses de alternatividade no direito, embora muitos juristas não se permitam reconhecê-lo.

Senão

vejamos.

I Para facilidade de exposição, poderíamos distinguir três espécies de alternatividade: o uso alternativo do direito, um direito alternativo stricto sensu, com laivos de pluralismo jurídico, e, finalmente, um direito insurgente.

Ponham-se em tela casos concretos que ilustram a primeira espécie.

1) A posse dos direitos pessoais, advogada por Ruy Barbosa, para possibilitar a proteção interditar de determinados direitos pessoais que, de outro modo, restavam sem salvaguarda.

1. A posse, nas suas origens romanas, nascida da necessidade de proteger o ocupante do ager vectigalis, se reservava aos bens corpóreos.

Em uma fase posterior se admitiu a posse dos direitos reais, a iuris possessão, como por exemplo no reconhecimento de uma quase posse das servidões, que mereciam a proteção dos interditos.

Entre nós, Ruy Barbosa, partindo do preceito do art. 485, do Código Civil, concebeu a possibilidade da posse de direitos pessoais.

O mencionado artigo estatui: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade". O eminente jurista asseverava que o Código aludia a domínio, significando senhoria sobre as coisas corpóreas, e a propriedade, significando titularidade de direitos incorpóreos, como a propriedade intelectual e artística. Assim os titulares de direitos incorpóreos exerciam posse, eram possuidores, e assim mereciam a proteção interditar.

Essa concepção perdeu relevância na medida em que a Constituição Federal de 1934, inspirada no "juicio de amparo" mexicano, criou o mandado de segurança para a proteção dos direitos líquidos e incontestáveis, que veio a ser regulado, pela primeira vez, em nosso ordenamento, por uma lei ordinária de 1936.

A proteção interdita[dos direitos pessoais, partindo da possibilidade jurídica da sua posse, constituiu desenganadamente uma tentativa de uso alternativo do direito.

2. A chamada "teoria brasileira do habeas corpus", brilhantemente desenvolvida por Pedro Lessa, estendendo a aplicação do remédio além da defesa do puro e simples direito de ir e vir, foi também exemplo de uso alternativo do direito.

3. Também pode ser mencionada como tal, a possibilidade jurídica do reconhecimento dos filhos adulterinos, após a dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges

O art. 358, do Código Civil brasileiro, interditava de maneira absoluta o reconhecimento dos filhos adulterinos.

O Decreto-lei nº 4737, de 24.10.1942, permitiu o reconhecimento dos filhos adulterinos, desde que dissolvida a sociedade conjugal pelo então chamado desquite.

Posteriormente, os operadores do direito, através de intenso labor jurisprudencial, vieram a admitir o reconhecimento dos adulterinos quando a sociedade conjugal tivesse ocorrido pela morte de um dos consertes.

A Lei nº 883, de 21.10.1949, veio a positivizar, tornar realidade legislativa, essa extensão da possibilidade de reconhecimento.

Antes desse diploma legal, o reconhecimento após a dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges foi resultante de uso alternativo do mencionado Decreto-lei nº 4737, de 24.10.1942.

Não diga que seria um caso de integração do ordenamento pela via do suprimento de lacuna, através da analogia ou da aplicação de princípio geral de direito.

Não.

A analogia, seja analogia legis ou analogia juris, tem como pressuposto inafastável que o fato não previsto guarde com o fato previsto relação de identidade, o que não há entre uma dissolução da sociedade conjugal pelo desquite e uma dissolução da sociedade conjugal pela morte. São fatiespecies diferentes no mundo da vida. Não se aplica de outro lado o aforisma - que sequer é um princípio geral - segundo o qual ubi eadem ratio ibi idem ius, que igualmente pressupõe mesmeidade de circunstâncias.

Tratou-se igualmente de um uso alternativo do direito, em que o aplicador, dentro da razoabilidade dos parâmetros, e, em nome da equidade e da isonomia, estendeu a norma para alcançar a justiça.

O direito justo não se exaure na positividade da lei.

4. Outro exemplo interessante de uso alternativo do direito é o do Decreto no 24150, de 29.04.1934, tomado do ângulo de visada da legitimação processual para a renovação compulsória das locações comerciais e industriais.

Esse decreto, hoje substituído pela vigente lei de locação predial urbana, exigia como requisito da pretensão renovatória que o contrato a ser reconduzido fosse escrito e tivesse o prazo mínimo de 5 anos.

Contra a literalidade da norma, o operador do direito entendeu, e se tornou incontroverso, que o locatário que não fosse parte em um contrato de no mínimo 5 (cinco) anos, mas o fosse de dois ou mais contratos, sem solução de continuidade, que somassem cinco anos ou mais, teria também legitimação para a renovatória.

Oportuno também nessa passagem anotar que se não trata de um caso de suprimento de lacuna, pois um contrato com prazo de cinco anos, e vários contratos sucessivos cujos prazos somem cinco anos ou mais, são coisas diversas.

Também aqui o legislador afastou a literalidade da norma em nome do direito justo. Igualmente hipótese em que, abstraída a imperfeição da denominação, ocorreu um uso alternativo do direito.

Outros casos poderiam ainda ser alinhados, como, por exemplo, a teoria da imprevisão afastando a incidência do pacta sunt servanda nos contratos de duração, e a demanda de partilha na rutura das situações concubinárias, consagrada, então, pela súmula do Supremo Tribunal Federal, quando a jurisprudência foi buscar o instituto da sociedade de fato, no direito das obrigações, para aplicar o direito justo no direito de família.

Vejamos, agora, um caso da segunda espécie, um interessante caso que nos permitiríamos classificar de direito alternativo stricto sensu, com laivos de manifestação de pluralismo jurídico.

É a figura do "direito de laje", nas favelas do Rio de Janeiro.

Há quem defenda a necessidade de restabelecer no direito brasileiro um instituto que existiu entre nós até meados do século passado, e está presente no direito comparado: o direito real de superfície.

Por força dessa categoria alguém concede a outrem o direito de construir no seu terreno, permanecendo a propriedade do terreno com o concedente, e sendo da propriedade do convencionalmente, por esse instituto, os efeitos da acessão, por força do qual é do domínio do dono do solo tudo aquilo que sobre ele se construiu, mesmo quando a edificação seja feita por terceiro.

A propriedade da construção, pertencente a quem a realizou, assentando sobre a propriedade do solo de outrem, é a propriedade superficiária.

Em alguns ordenamentos, como, por exemplo, no direito suíço, é possível que o dono da propriedade superficiária conceda a um terceiro a possibilidade de construir sobre a propriedade superficiária, ficando a propriedade dessa segunda propriedade superficiária no domínio de quem a construiu. É o direito de superfície em segundo grau, que se concretiza pelo chamado direito de sobrelevação.

Resultam, portanto, três níveis de propriedade: a do dono do solo, a do primeiro superficiário e a do segundo superficiário.

Pois bem.

Nas favelas do Rio de Janeiro, moradores permitem que um terceiro construa sobre a sua laje, ficando da posse exclusiva desse terceiro a moradia por ele construída. É o "direito favelar" consagrando o direito de sobrelevação existente no direito suíço, e ainda não existente no nosso direito estatal.

Essa relação de direito material existe entre os favelados como uma realidade. Como se resolvem os conflitos dela resultante, se na própria comunidade ou perante o direito formal, é uma questão de direito processual, que não elimina a existência fática, real, de um "direito de laje".

É um caso de alternatividade do direito, com marcas de um pluralismo jurídico.

Cuide-se, agora, do direito insurgente.

Aqui o direito aplicado desafia vantajosamente o ordenamento jurídico, em estado de conflito frontal com ele.

O primeiro caso deita suas raízes na história. É o da chamada Lei Áurea, que extinguiu a escravidão no Brasil.

A Carta Outorgada de 25 de março de 1824, Constituição Imperial, assim dizia no seu artigo 179:

"Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

1)..... ;

2)..... ;

.....

22. É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será esse previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar essa única exceção e dará as regras para se determinar a indenização".

Pois bem.

A Lei Áurea, tardiamente, extinguiu a escravidão no Brasil, pelo menos formalmente, e o fez com um só artigo de lei, sem prever qualquer indenização aos donos de escravos.

É a insurreição do direito, em nome da Justiça Social.

Um segundo caso de insurreição pode ser indicado.

Cuida-se da responsabilidade civil do proponente, amo ou comitente por ato do proposto.

Hipótese de responsabilidade por fato de outrem.

O Código Civil brasileiro, no art. 1521, estatui:

"Art. 1521. São também responsáveis pela reparação civil:

.....

III - O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e propostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou por ocasião dele".

O art. 1523 estabelece que o patrão, amo ou comitente só serão responsáveis "PROVANDO-SE QUE ELES CONCORRERAM PARA O DANO POR CULPA OU NEGLIGÊNCIA DE SUA PARTE".

No direito legislado, por conseguinte, a responsabilidade do amo, patrão ou comitente é desenganadamente subjetiva. Não basta que a vítima prove a culpa do proposto, serviçal ou empregado. Para surgir a responsabilidade do proponente seria necessário, em face do texto da lei, que a vítima provasse a culpa in vigilando. ou in eligendo do proponente, ou seu procedimento doloso.

Os operadores do direito criaram, insurgentemente, a responsabilidade sem culpa do proponente, por força da qual provada a culpa ou dolo do proposto é responsável o proponente.

A Súmula nº 341, do Supremo Tribunal Federal, editada ao tempo em

que ele tinha a competência constitucional de zelar pelo direito federal, enunciou que "é presumida a culpa ou dolo do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou proposto".

Ainda que lida ao longo de sua literalidade a súmula teria criado contra legem um caso de presunção de culpa, que só pode existir ministério legis. Na realidade, se entende que a jurisprudência, insurgentemente, criou um caso de responsabilidade sem culpa.

O terceiro caso de direito insurgente, ainda anterior à Constituição de 1988, consistiu em uma ação reivindicatória promovida, no Município de Canoas, por dois casais contra dezoito sem teto.

Coagidos pela necessidade, sem recursos para o pagamento de alugueres, vítimas de uma situação socio-econômica injusta, marginalizados do bem estar social, os réus levantaram seus casebres em uma grande área vazia, desocupada, sem o mais mínimo sinal de apropriação anterior, ou posse, sem função social alguma, e que, por informação de toda a vizinhança, pertenceu ao antigo prado do Jockey Clube de Canoas, cujas instalações de água e venda de apostas ainda estavam de pé, ou pertenceriam à Municipalidade.

Tratava-se de uma propriedade sem função social, sem uso e sem qualquer aproveitamento, talvez na expectativa ociosa de valorização, em plena especulação imobiliária, à espera de uma melhor infra-estrutura urbana circunjacente que a acrescentasse sem o menor trabalho daqueles que lhe detinham o título dominical. Enquanto isso, centenas de famílias vagavam sem teto e sem um pedaço de chão onde pudessem erguer um abrigo.

A decisão de primeiro grau deu pela procedência da reivindicação.

Houve apelação, que tomou o nº 28.711, distribuída à 1ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, que, por maioria, manteve a decisão recorrida.

Opostos embargos infringentes (nº 100287119), o 1º Grupo Cível, por maioria, os acolheu para julgar improcedente a ação, privilegiando a posse dos sem teto. (apud "Aconteceu na Justiça", ed. Instituto Apoio Jurídico Popular-Fase, maio de 1989).

Um quarto caso de insurreição do direito pode ser lembrado.

Em certo momento da realidade nacional, quando a crise econômica impôs ao comércio o cheque pré-datado (seria mais próprio dizer pós-datado), as autoridades declararam que tais cheques só poderiam ser apresentados na data ostensiva da sua emissão.

Vejam-se as declarações do Ministro Edson Vidigal, do Superior Tribunal de Justiça, publicadas no Jornal do Brasil, Suplemento Negócios&Finanças, de 9/8/93, pag. 15:

"Temos resolvido aqui no Superior Tribunal de Justiça que o cheque pré-datado, sendo uma ordem de pagamento acertada, é substitutivo da nota promissória. A diferença é que a nota promissória é mais burocratizada; com o pré-datado não há burocracia. Se no dia acertado não houver fundo o devedor não se livra dos calafrios do Código Penal"

Ora, o cheque é uma ordem de pagamento à vista. Não é promessa de pagamento e muito menos contrato, tendo por objeto um ajuste quanto à data de apresentação. Se se aceita o "papel" como tal, não há cheque, e a inexistência de fundos na data prometida não pode caracterizar o crime de cheque sem provisão de fundos, ocorrendo simples inadimplência civil.

É de ver que a aceitação do chamado cheque pré-datado é também um caso de direito insurgente.

III

Dissemos ao início deste ensaio que a concepção do direito alternativo era uma resultante da crise paradigmática, ressentindo-se de uma construção teórica, levantada à base de princípios.

Hoje, a Constituição Federal de 1988 abre caminho para, dogmaticamente, chegar-se a resultados pretendidos pela concepção do direito alternativo. Isso porque o texto constitucional consagra a teoria dos direitos fundamentais, partindo de princípios efetivos e não simplesmente programáticos, que são fundamentos da República mesma.

A Constituição de 1988 estabelece que a República tem como fundamento a DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, declara que é objetivo fundamental dessa mesma República ERRADICAR A POBREZA E A MARGINALIZAÇÃO, BEM COMO REDUZIR AS DESIGUALDADES SOCIAIS.

De outro lado, condena expressamente a propriedade não-utilizada ou sub-utilizada.

Dessa forma esses princípios fundamentais presidem toda a interpretação e aplicação do direito infra-constitucional, de forma a conduzi-lo à equidade e à Justiça Social.

Esses princípios fundamentais estão acima dos próprios princípios gerais de direito de que cuida a Lei de Introdução ao Código Civil, como processos de integração e suprimento das lacunas do ordenamento.

Essa concepção de direitos fundamentais centrados na Constituição, dominando todo o ordenamento, já se faz sentir em vários momentos no fenômeno dinâmico da aplicação do direito.

Tomemos, por exemplo, o quadro dos conflitos fundiários, em que se encontra de um lado o titular de uma propriedade urbana ou rural evidentemente sub-utilizada ou não-utilizada, vocacionada para sua extinção nos termos do texto constitucional, e do outro lado o direito de habitação e de acesso à terra, dos sem teto e dos sem terra. Diante desse conflito entre o direito de propriedade, de um lado, e o direito de habitação e de acesso à terra, do outro, o aplicador há de chegar a uma solução que encontre a sua razão de ser nos fundamentos da própria República.

A superação dos limites formais da propriedade pela ação dos sem teto ou dos sem terra encontra a sua razão de ser na dignidade mesma da vida humana.

Essa solução atende à finalidade social do Direito, e já se encontra em expressivos precedentes judiciais. Tome-se, por exemplo, o acórdão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 212.726-1 - São Paulo, em 16.12.1994, unânime, com a seguinte ementa:

"AÇÃO REIVINDICATÓRIA - Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos. Função social da propriedade. Direito de indenização dos proprietários. Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso antisocial da propriedade, afastado que se encontra do princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenização contra quem de Direito". (apud AASP, nº 1896, 26.04.95 a 02.05.95, pags. 137/140).

Outro caso a ser respigado é o do acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido em 12 de março de 1996, no Habeas Corpus 4399/SP, em que eram pacientes DIOLINDA ALVES DE SOUZA E OUTROS (lideranças do Movimento dos Sem Terra), em que o tribunal concedeu a medida para o fim de substituir a prisão preventiva pela liberdade provisória, com fiança.

O Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, em seu voto, assevera que os sem terra, ao proceder à invasão, não praticaram esbulho possessório, por isso

que neste o agente dolosamente investe contra a propriedade alheia para a usurpação.. A ação se apresentava dominada pelo interesse na reforma agrária.

É de ver, pelos casos apontados, que o Poder Judiciário começa a revelar sensibilidade na solução dos conflitos entre direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, nas hipóteses, entre o direito de propriedade, de um lado, e o direito de moradia e de acesso à terra do outro lado.

É de ver que, no caminho da Justiça Social, na aplicação do Direito, o direito alternativo é uma passagem importante, agora dogmaticamente enriquecido pela doutrina dos direitos fundamentais, na própria Constituição da República.

É o esforço na busca do direito justo.

É importante que assim seja, já que o direito não é somente uma técnica de organização social, nem somente uma ciência normativa, mas é também axiologia, já que os valores fundamentais são a própria razão de ser do homem em sociedade.

LIRA, Ricardo Pereira. **A Aplicação do Direito e a Lei Injusta.**
Disponível
<http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/ricardo_lira/rl_2.html>.
Acesso em 25 de setembro de 2006.