

O ATRELAMENTO DA IDEIA DO FIM À IDEIA DE PRÁTICA DA FUNÇÃO JUDICIAL NA ESCOLA DA JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES: A INVESTIGAÇÃO DAS NECESSIDADES PRÁTICAS DA VIDA A PARTIR DO JULGADO DA ADI Nº 4277¹

Júlio Cesar Costa Ferreira Neto
Yure Rezek Silva Ramos²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. A DIALÉTICA DE INTERESSES E OS FINS DO DIREITO NA ESCOLA DA JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES; 2. ESCOLA DA EXEGESE E DA JURISPRUDENCIA DOS CONCEITOS; 2.1 Escola da Exegese e as divergências com a Jurisprudência dos Interesses; 2.2 A Escola da Jurisprudência dos Conceitos e as divergências com Jurisprudências dos Interesse; 3. RELAÇÃO DAS ESCOLAS COM O JULGADO DA UNIÃO HOMOAFETIVA; Considerações Finais; Referência.

RESUMO

O presente paper busca analisar os principais fundamentos da escola Jurisprudência dos Interesses, comparar e contrapor seus fundamentos com as escolas da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos. Verificar a relação dos fundamentos dessas escolas e aplicar suas considerações no julgado da ADI nº 4277 que tratou do reconhecimento da União Homoafetiva.

PALAVRAS-CHAVE

Escola Jurisprudência dos Interesses; Escola da Exegese e Jurisprudência dos Conceitos; União homoafetiva.

INTRODUÇÃO

O caso já apresentado pelo Supremo Tribunal Federal do reconhecimento das uniões homoafetivas será julgado a luz da escola Jurisprudência dos Interesses, comparando e

¹ Paper desenvolvido como requisito para aprovação da disciplina de Hermenêutica, lógica e argumentação jurídicas ministrada pelo Prof. Thiago de Oliveira, da Curso de Direito da UNDB.

² Acadêmicos do 4º período do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB).

contrapondo seus fundamentos com as escolas da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos que divergem de sua filosofia. O reconhecimento da união homoafetiva surgiu como algo novo na sociedade, não havendo até o momento legislação clara e específica para tal fato. Por isso, sua análise tornou-se uma necessidade que é impossível se evadir.

A principal justificativa do paper é a utilização dessas escolas modernas de interpretação do direito e relacioná-las com o julgado de reconhecimento das uniões homoafetivas, verificando suas aproximações, afastamentos e divergências. O pressuposto para essa análise é se a ADI nº 4277 possui alguma fundamentação direta ou indiretamente com base conceitual na escola Jurisprudência dos Interesses, e caso não possua, verificar se existe a possibilidade de reconhecer a homoafetividade com base na mesma.

Por fim, com o julgado da ADI nº 4277 busca-se uma análise dos votos dos Ministros envolvidos, bem como uma solução para o reconhecimento da união homoafetiva, pois além de ser assunto um polêmico, não possui respaldo jurídico concreto. O conteúdo explorado na Jurisprudência dos Interesses facilitará o entendimento sobre o assunto, de modo que fomente uma solução adequada para um tema tão divergente. Partindo da hipótese de que a união de pessoas do mesmo sexo é uma necessidade prática da vida, a Jurisprudência dos Interesses será utilizada como meio para buscar uma melhor aceitação social no que diz respeito à homoafetividade.

1. A DIALÉTICA DE INTERESSES E OS FINS DO DIREITO NA ESCOLA DA JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES

A Jurisprudência dos Interesses é uma escola moderna, cujos principais representantes são Philipp Heck, Heinrich Stoll e Rudolf Mullerertzbach. Essa escola incorpora não só a ideia de direito como prática, analisando-o como função judicial, mas também a ideia de fim, como interesse ou necessidade que se persegue. A interpretação da lei de acordo com a realidade atual e os interesses sociais é essencial para obtenção de um resultado, ou seja, o direito resumir-se-ia na coordenação da garantia dos interesses dos membros da sociedade, e a atividade do juiz estaria direcionada para a composição dos interesses das partes em conflito. (CAMARGO, 2001, p. 93)

Karl Larenz (1997, p. 64) reforça essa ideia afirmando que o direito como tutela de interesses, tem a missão de facilitar a função do juiz, de forma que a investigação tanto da lei como das relações da vida prepare uma decisão objetivamente adequada, visando à satisfação das necessidades da vida.

Assim, essa escola se propôs a estudar o problema da aplicação do direito, identificando que há juízos que não podem ser adquiridos unicamente das normas da lei. Para a escola da Jurisprudência dos Interesses a norma deve adequar-se aos anseios sociais, aos seus interesses, bem como as necessidades práticas da vida. Deste modo, Maria Helena Diniz (2001, p. 69) assegura que essa escola “fixou princípios que deviam ser seguidos pelos juízes na elaboração de suas sentenças, e conheceu a ordem jurídica como um conjunto de leis que produzem efeitos na vida real, afetando a vida humana [...]”.

Na aplicação do direito os juízes devem adequar os interesses postos na lei com interesses do momento em que essa lei será aplicada. O juiz não é um livre criador de direitos, sua competência versa em colaborar, levando em consideração o ordenamento jurídico vigente, na realização dos ideais que positivamente a inspiram. A Jurisprudência dos Interesses não confina o juiz a mera função cognoscitiva, permite que ele construa normas para as situações não previstas, mediante o emprego de analogia, essas normas, por sua vez não se apoiam rigorosamente a um texto, mas na valoração de interesses que inspirou aquele dispositivo. (DINIZ, 2001, p. 69)

Segundo Margarida Lacombe Camargo (2001, p. 93) a Jurisprudência dos Interesses “não cabe ao juiz apenas a função do conhecimento e subsunção entre a lei e o fato, pois suas escolhas devem ser adequadas às necessidades práticas da vida, mediante os interesses em pauta”.

Karl Larenz (1997, p. 65) diz que as leis são as resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética, que, em cada comunidade jurídica, se contrapõem uns aos outros e lutam pelo seu reconhecimento. E acrescenta que:

A questão da possibilidade de lacunas da lei e do seu preenchimento está no centro da metodologia jurídica, Heck rejeita a ideia de que a lei dispõe para qualquer caso pensável de uma solução, a averiguar por meio de subsunção às normas dadas – a ideia, enfim de que a lei não tem lacunas. (HECK, 1947 apud LARENSZ, 1997, p. 70).

A Jurisprudência dos Interesses, embora não quebrasse verdadeiramente os limites do positivismo, teve uma atuação libertadora e fecunda sobre uma geração de juristas educada num pensamento formalista no estrito positivismo legalista. Essa escola considerava a norma jurídica vigente, contudo passou a adequar essas normas ao caso concreto. O juiz como intérprete e aplicador do direito não tem só de subsumir logicamente as situações de fato em representações existentes do preceito, mas, sempre que este caminho não leve, por si só, ao

fim em vista, tende a ampliar as disposições da lei de harmonia com o juízo de valor. (LARENZ, 1997, p. 69/71)

Philipp Heck (1947, p. 71-72) afirma que o legislador não é simples ficção ou fantasma, mas a designação que junta todos os interesses da comunidade vigente. Assim a questão por vezes posta, de saber se a vontade procurada é a do legislador de hoje ou de ontem, resolve-se com clareza. O escopo da determinação judicial do direito é, sem dúvida, a proteção de interesses atuais. Mas, a realização desse escopo tem como fator o conhecimento daqueles interesses cujas exigências se revelaram em forma de lei.

2. ESCOLA DA EXEGESE E ESCOLA DA JURISPRUDENCIA DOS CONCEITOS

2.1 Escola da exegese e as divergências com a jurisprudência dos interesses

A escola da Exegese propõe uma atuação restrita do poder judiciário, mediante apego excessivo aos termos da lei. Essa escola privilegia o método de interpretação gramatical que consiste no apego severo e restrito as palavras da lei. Assim, por meio da estrutura gramatical, pelo conteúdo dos termos técnicos, encontrar-se-ia a vontade do legislador reconhecida como a máxima expressão da vontade geral que encarna o poder. (CAMARGO, 2001, p. 66)

Diferentemente da Escola da Exegese, a Jurisprudência dos Interesses como exposto anteriormente, incorpora o direito como prática, como função judicial em que se deve considerar a tutela dos interesses e as necessidades da vida. A interpretação da lei juntamente com as outras atividades jurisdicionais estaria direcionada com base nesses interesses e nos anseios sociais da realidade vigente de modo que proporcionaria uma decisão objetivamente adequada.

Para essa escola da Exegese o juiz passa a ser visto como funcionário do Estado e um mero aplicador do texto legal, pois este tem uma posição objetiva e neutra. O juiz como intérprete da lei deve ater-se rigorosamente ao texto normativo e revelar seu sentido, pois havia uma pretensão de se encontrar na lei a resposta para todos os conflitos. Em nenhum momento o juiz deve colocar sua índole à mercê da interpretação da lei de forma a desfigurar a própria vontade do legislador. (CAMARGO, 2001, p.66/67)

Além do apego a literalidade da lei, a escola da exegese possui característica de estatalidade, isto é, o direito se identifica com o Estado, pois a doutrina da exegese também se

propõe a proclamar a onipotência jurídica do legislador. (BONNECASE, p. 141 apud CAMARGO, 2001, p. 68)

Em contraste com essas premissas, a Jurisprudência dos Interesses não limita o juiz a mera função de aplicador da lei, pois permite que ele utilize instrumentos para construir normas para determinados casos concretos. Por meio dessa escola houve a quebra do estrito positivismo legalista, além de não se apoiar somente ao texto legal, a interpretação do juiz parte da vontade do legislador de hoje e de ontem, pois o fim almejado é sempre a proteção dos interesses da sociedade.

2.2 A Escola da jurisprudência dos conceitos e as divergências com jurisprudências dos interesses

Essa escola representou o ápice do formalismo jurídico e se caracterizava por deduzir as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extrajurídicos. Assim, os conceitos jurídicos não são vistos como uma mera explicação da lei, sendo que a própria lei passa a ser vista como expressão de um sistema conceitual logicamente organizado. (COSTA, 1998, p. 71/73)

A diferença entre o modo de pensar exegético e o sistemático mostra-se na própria estruturação das obras clássicas em essas escolas foram embasadas, pois enquanto os livros da Escola da Exegese seguiam a mesma estrutura do Código de Napoleão, esclarecendo cada uma das suas regras, os livros dos teóricos influenciados pela Jurisprudência dos Conceitos estruturam-se em torno das noções jurídicas fundamentais. (COSTA, 1998, p. 74) De encontro a essa posição, a Jurisprudência dos Interesses não se resumia somente em considerar as normas do ordenamento jurídico, pois os juízos de valores possuem alto grau de importância na aplicação e interpretação do direito.

Alexandre Costa (1998, p. 65) afirma que para a jurisprudência dos conceitos se é possível haver um conhecimento jurídico válido, ele deve ser um conhecimento científico que vá além do mero conhecimento das leis. A jurisprudência dos conceitos concentrava-se na aplicação prática de um direito positivo cujo sua sistematicidade era pressuposta pelos seus operadores.

Portanto, na Jurisprudência dos Conceitos os fatos eram baseados nos princípios jurídicos, sendo possível encontrar a solução através de um raciocínio silogístico, de modo que o ordenamento, concebido como sistema conceitual, cobriria quaisquer lacunas

normativas. O juiz deveria estender o sistema, por dedução e combinação conceitual, de modo a cobrir o caso concreto. (COSTA, 1998, p. 73/74)

Karl Larenz (1997, p. 64) afirma que a jurisprudência dos conceitos limita o juiz à subsunção lógica da matéria de fato nos conceitos jurídicos e, nessa conformidade, concebe o ordenamento jurídico como um sistema fechado de conceitos jurídicos, requerendo assim o primado da lógica no trabalho científico. Entretanto, a jurisprudência dos interesses tende, ao contrário da jurisprudência dos conceitos, ao primado da indagação da vida e da valoração da vida. A jurisprudência dos interesses é uma ciência voltada para a prática do direito e que procura o único caminho final para as ações sobre a vida.

3. RELAÇÃO DA JURISPRUDENCIA DOS INTERESSES COM O JULGADO DA UNIÃO HOMOAFETIVA

A Constituição Federal no artigo 226, parágrafo 3º, diz que para o efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. O Artigo 1723 do Código Civil diz que é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Os dois artigos supracitados não proíbem a união homoafetiva e segundo o Ministro Luis Fux (2011, ADI 4277, rel. Min. Ayres Britto, p. 9) no ordenamento jurídico brasileiro “não há qualquer inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Não existe, no direito brasileiro, vedação as uniões homoafetivas [...]”.

Veja que há uma lacuna no direito brasileiro em relação ao tratamento da união de pessoas do mesmo sexo, cabendo ao juiz, analisando o caso concreto, resolver o conflito. Assim prega a Jurisprudência dos Interesses, pois para tal escola o juiz não está preso à estrita legalidade das normas. O juiz deve, mediante o uso de analogia, para situações não previstas, corrigir as normas deficientes. (DINIZ, 2001, p. 69)

O silêncio constitucional no que diz respeito à união homoafetiva obriga o juiz a adequar os interesses da lei positiva e os interesses da sociedade atual. Para Ayres Britto (2011, ADI 4277, rel. Min Ayres Britto, p. 10) no julgado da ADI 4277, “a constituição brasileira opera por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da Kelseniana norma geral negativa, segundo a qual tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Portanto, a atuação do juiz, sobretudo nas lacunas

do ordenamento jurídico, não devem se basear na literalidade das leis, a atividade judicial deve fundamentar-se nos interesses que inspiraram o ordenamento jurídico.

É importante ressaltar, como nos trouxe o Ministro Ayres Britto (2011, ADI 4277, rel. Min. Ayres Britto, p. 15) que o termo homoafetividade não constava nos dicionários da língua portuguesa, sendo, portanto, um novo substantivo. Assim, como no momento da efetivação da constituição de 1988, a homoafetividade, ou melhor, a união de pessoas do mesmo sexo não era assunto de discussão da sociedade daquela época. Por isso, talvez, o constituinte originário não tenha tratado do tema. Contudo, na realidade vigente tais uniões geram efeitos práticos e mostram-se como um novo interesse do corpo social.

A homossexualidade é um fato da vida, há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro. (Luis Fux na ADI 4277, 2011, rel. Min. Ayres Britto, p. 8) As escolas da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos não levam em conta que o conceito familiar juntamente com as normas que a configuram, fazem parte de uma sociedade que se encontra em constante transformação, e, portanto, também necessitam se transformar e se adaptar ao meio para atingir um fim, ou seja, devem alcançar um interesse, um mínimo de dignidade para o indivíduo e garantir a liberdade de construir um lar com a pessoa amada.

Para Philipp Heck (1947, p. 66/67) a finalidade das normas é garantir os interesses que ela julgou mais valioso, de forma que a interpretação não se pode limitar à reconstrução histórica dos interesses causais, mas deve promover a realização prática do equilíbrio de interesses que a norma visa garantir. Como a forma de garantir adequadamente um interesse pode ser modificada com o tempo, é preciso corrigir as ideias apuradas historicamente e reelaborar constantemente os conteúdos das normas, com o objetivo de adequá-las às novas realidades sociais.

O preâmbulo da Constituição Federal diz que o Estado Democrático é destinado “[...] a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna [...]”. O próprio legislador busca garantir tais direitos, e como prevê a jurisprudência dos interesses, cabe a ele a adequação da lei às necessidades práticas da vida, da variação e do ajuste dessas necessidades. O fim, em si, é a proteção dos interesses atuais atingindo essas necessidades, a satisfação das apetências e das tendências apetitivas, quer materiais quer ideais presentes na comunidade jurídica. (HECK, 1947 apud LARENZ, 1977, p. 64)

A LIDB – Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – na medida em que afirma no artigo 5º que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Percebe-se que esta lei consagra posições muito próximas à Jurisprudência dos Interesses de Heck, pois vincula o juiz à interpretação da lei indicando a necessidade de uma investigação sobre os fins sociais que a lei visa proteger e prima pela atualização histórica que adapte a interpretação da norma às exigências sociais do momento de sua aplicação. Portanto, a união homoafetiva é um fato incluso no conjunto desses anseios sociais, mostra-se, a cada dia que passa, como uma necessidade prática da vida, sobretudo no contexto atual que visa a democracia, a dignidade da pessoa humana e luta por maior igualdade social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Jurisprudência dos Interesses como meio para atingir o reconhecimento da união homoafetiva mostrou-se viável, pois além de ser uma escola que se encaixa na realidade atual, ela prima pela satisfação dos interesses e das necessidades da vida.

A escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos, de modo geral, buscam uma análise literária da norma e a explicação da mesma utilizando métodos conceituais respectivamente. Utilizando essas escolas ficaria clara a impossibilidade de reconhecer a homoafetividade devido ao não tratamento dessa matéria pelo direito.

Contudo, os Ministros trabalhados ao longo do paper no julgado da ADI 4277 afirmam em seus votos que o ordenamento jurídico não deixa claro o que diz respeito à união homoafetiva, mas abrem margem para a possibilidade do juiz utilizar-se de instrumentos para garantir a tutela desse direito. O ordenamento defende arduamente a dignidade humana, a igualdade, a construção familiar e a justiça. Deste modo, partindo da premissa de que a sociedade está em constante transformação e que todos os indivíduos, sem distinção, são tutelados pelo direito, estes conceitos também se estendem para união de pessoas do mesmo sexo.

A união homoafetiva analisada a luz da jurisprudência dos interesses torna-se matéria imprescindível de tratamento jurídico, visto que o maior objetivo é atingir o bem comum, a felicidade de todos e solucionar os conflitos de interesses visando a satisfação das necessidades da vida.

REFERÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277/2011 Distrito Federal. Ementário 2607-03. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 05, mai, 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 198, out., 2011. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20111013_198.pdf>. Acesso em: 13 de março 2012.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COSTA Alexandre Araujo. **Hermenêutica Jurídica**. 1998. Disponível em: <www.Arcos.org.br/hermenêutica-juridica/prelúdio>. Acesso em: 8 de maio 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

EDITORA SARAIVA. Vade Mecum Saraiva. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luis Roberto Curia, Livia Cespedes e Juliana Nicoletti. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. trad. José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gylberkian, 1997.