**A POSSIBILIDADE DE OPOSIÇÃO ENTRE NECESSIDADES SOCIAIS E O DIREITO ESTATAL NA ESCOLA DO DIREITO LIVRE:** análise a partir do julgamento de reconhecimento das uniões homoafetivas.[[1]](#footnote-1)

Laryssa Bianca e Milena Lima[[2]](#footnote-2)

**Sumário**: Introdução. 1 Mapeamento da visão da Escola do Direito Livre com breve contextualização histórica; 2 Análise crítica do caso baseada nos preceitos das Escolas do Exegetismo e Jurisprudência dos Conceitos, justificando por quê não foram eleitas para analisar o caso; 3 Reconhecimento das uniões homoafetivas claramente justificado segundo a Escola do Direito Livre; Conclusão. Referências.

**RESUMO**

 O presente *paper* visa tratar das uniões homoafetivas de acordo com o ponto de vista da Escola do Direito Livre, que será tomada como base para analisar o caso concreto. Esta escola dá um enfoque às normas jurídicas emanadas das necessidades dos grupos sociais. Tendo em vista a vontade da lei, visa os interesses difusos tendo sempre destaque uma sobreposição dos interesses sociais sobre os estatais.

Em contrapartida, serão abordadas outras duas escolas, a Exegética e a da Jurisprudência dos Conceitos, como forma de fazer uma oposição aos aspectos da Escola do Direito Livre, demonstrando por quê elas não seriam ideais para fundamentar o caso concreto das uniões homoafetivas e promover uma decisão que satisfaça os interesses da sociedade.

**PALAVRAS-CHAVE**:

União homoafetiva. Necessidades sociais. Exegetismo. Direito Livre.

**INTRODUÇÃO**

 Este *Paper* visa analisar o caso das uniões homoafetivas como uma demanda de grupo social que merece reconhecimento. Seus fundamentos serão baseados nas teorias da Escola do Direito Livre, com objetivo de demonstrar as necessidades de modificação da interpretação do Direito conforme a evolução social e a demanda crescente da coletividade. Com isso, pretende-se resaltar que o ideal seria que o caso concreto não fosse decidido com base no direito estatal e sim de acordo com as normas jurídicas que surgem de forma espontânea na sociedade, nos grupos sociais.

Em contrapartida, iremos também destacar duas escolas modernas de interpretação do Direito – escola do Exegetismo, na qual a norma é levada rigorosamente à sério originando, portanto, uma interpretação completamente presa a letra da lei. Que por sua vez fala expressamente “união entre homem e mulher”. E a Jurisprudência dos Conceitos, no que concerne ao mesmo tipo de prisão só que estrutural, devido ao fato de se focar especialmente nos conceitos que existem por trás das normas como meios para a construção de uma interpretação – sendo estas duas usadas no presente trabalho como principais opositoras do Direito Livre, ressaltando seus principais métodos interpretativos, no que se opor para análise do caso concreto também de forma crítica.

Por fim, o presente relatório traz a análise do julgado sobre uniões homoafetivas decidido pelo supremo, análise esta baseada nos conceitos da escola moderna de interpretação do Direito Livre. Esta irá justificar de forma construtiva a decisão do STF, reafirmando sua legitimidade baseado nas necessidades da sociedade. Ou seja, apesar da norma sobre união estável dizer expressamente “união entre homens e mulheres” a necessidade de uma permissão para esse tipo de união foi legitimadora da decisão. Portanto, temos que mesmo se uma norma não diz, ou ainda mesmo não havendo uma norma, se a sociedade necessita que algo seja permitido, assim deve ser. Nem vontade da lei, nem vontade do legislador, mas sim vontade do povo.

Contrapondo-se a subjetividade da escola supracitada, ainda será feita uma análise crítica de acordo com a escola do Exegetismo e da Jurisprudência dos Conceitos, que denota uma fidelidade extrema a norma. Ou seja, para a escola de exegese as decisões jurídicas devem sempre ser tomadas com base na norma positivada, uma visão tipicamente Kelseana de que “se não há norma não há direito”. E segundo a escola da jurisprudência dos conceitos a estrutura e os conceitos que existem por trás da positivação da norma é que devem ser levados em consideração. O que houve histórica e juridicamente que justificou a positivação da norma. Buscando ainda justificar por que a norma diz “união entre homens e mulheres” de acordo com cada um dos fatos componentes dessa positivação.

**1 MAPEAMENTO DA VISÃO DA ESCOLA DO DIREITO LIVRE COM BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA**

O Movimento para o Direito Livre surge na Alemanha como forma de crítica ao formalismo e o tradicionalismo, existentes até então, que tornavam a abrangência do Direito insuficiente para a sociedade crescente. Tem como marco a conferência apresentada, na Alemanha, por Eugen Ehrlich, em 1903, sobre *A luta pela ciência do direito*, que defende a livre aplicação do direito. (CAMARGO, Margarida. 2001)

Esse movimento não abarca determinado grupo, ou seja, não possui pensadores específicos e nem uma teoria precisa, entretanto, é cada vez mais consolidado e aceito diante sua abrangência no que diz respeito a satisfazer a demanda da saciedade por direitos que surgem devido a evolução da mesma.

Portanto, a Escola do Direito Livre vai contra a prioridade da lei, ou seja, forma um movimento amplo, priorizando não o apego ao texto positivo e sim aquele direito (normas jurídicas) que surge espontaneamente da evolução social, dos grupos sociais da modernidade. Desse modo, o direito não esgotaria no Estado, ao contrário, seria mais prudente o direito social, brotado espontaneamente dos movimentos da sociedade.

O direito livre não é o direito estatal, contido nas leis, mas aquele que está constituído pelas convicções predominantes que regulam o comportamento, em um certo lugar e tempo, sobre aquilo que é justo. Para ele é inaceitável a construção do direito por meio de conceitos abstratos, porque não se funda em realidades concretas, sendo incompatível com a simples necessidade da existência. Logo, condena a elaboração do direito positivo por meio de uma jurisprudência de conceitos. O juiz deve ouvir o sentimento da comunidade, não podendo decidir, exclusivamente, no direito estatal ou com base nele. (DINIZ, Maria Helena. 2011)

Destarte, resurgiria o conceito, adotado anteriormente por Kelsen, de direito natural, ou seja, aquele que brota dos grupos sociais, o direito social. A Escola do Direito Livre seria caracterizada, portanto, pelos conceitos de direito natural e social por conter, juntamente, a vontade e o poder da sociedade, pois, a sociedade conhece o direito livre enquanto desconhece o direito estatal. Entretanto, de forma conciliada e associada esse entendimento se torna mais acessível. (CAMARGO, Margarida. 2001)

O juiz, ao decidir sobre um acaso concreto, deve analisar e levar em consideração os costumes e a moral, ou seja, os fatores sociais que regem determinado litígio. Assim, age sob domínio da vontade, ou seja, conforme sua convicção, entretanto, seguindo os preceitos indicados pelo direito livre com o objetivo de olhar para a sociedade não como especialista em leis, mas avaliando os fatores de ordem interna da associação humana.

Para tanto, o juiz deve manifestar, através de ato volitivo, o princípio utilizado por ele para justificar e fundamentar cada decisão tomada sobre aquele caso concreto e sob as diretrizes do direito livre como meio mais justo a ser escolhido e devendo ser, portanto, compendiado pela doutrina e reconhecido de forma legal e primordial pelo Estado.

Por fim, a Escola do Direito Livre é marcada por ir contra o dogmatismo da lei que não permite que o intérprete utilize meios extralegais como recurso. Isso provocaria um distanciamento entre a sociedade em movimento constante e o direito positivo que torna-se retrógrado por não conseguir satisfazer a demanda que a evolução social carrega diante suas transformações, acarretando, portanto, insegurança e instabilidade quando na verdade deve abranger na maior e melhor medida possível os anseios sociais.

**2 ANÁLISE CRITICA DO CASO BASEADA NOS PRECEITOS DAS ESCOLAS DO EXEGETISMO E JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS, JUSTIFICANDO POR QUÊ NÃO FORAM ELEITAS PARA ANALISAR O CASO**

**REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Antonio Adelgir de Oliveira.  **O direito alternativo ou “direito das ruas” à luz de doutrinadores europeus e brasileiros**. Universidade Federal de Juiz de Fora. Disponível em: < http://www.ecsbdefesa.com.br/defesa/fts/DIREITO.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 Distrito Federal**. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011. Dje nº 198, Ementário nº 2607 -03, p. 611- 880, outubro 2011.

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

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

FILHO, Rogério Machado Mello. **A aplicação do direito sob a ótica das Escolas de Interpretação das Normas Jurídicas**. Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/revista/rev\_50/artigos/art\_rogerio.htm>. Acesso em: 26 mai. 2012.

JUNIOR, Vicente de Paula Ataíde. **Eugen Ehrlich e Hans Kelsen**: uma reconciliação possível? UniBrasil: Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais. Vol. 1. Curitiba: 2010. Disponível em: <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/365/315>. Acesso em: 26 mai. 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

1. Paper apresentado para obtenção de nota na disciplina Hermenêutica ministrada pelo professor Thiago Vieira Mathias de Oliveira. [↑](#footnote-ref-1)
2. Alunas do 4º período vespertino do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. [↑](#footnote-ref-2)